

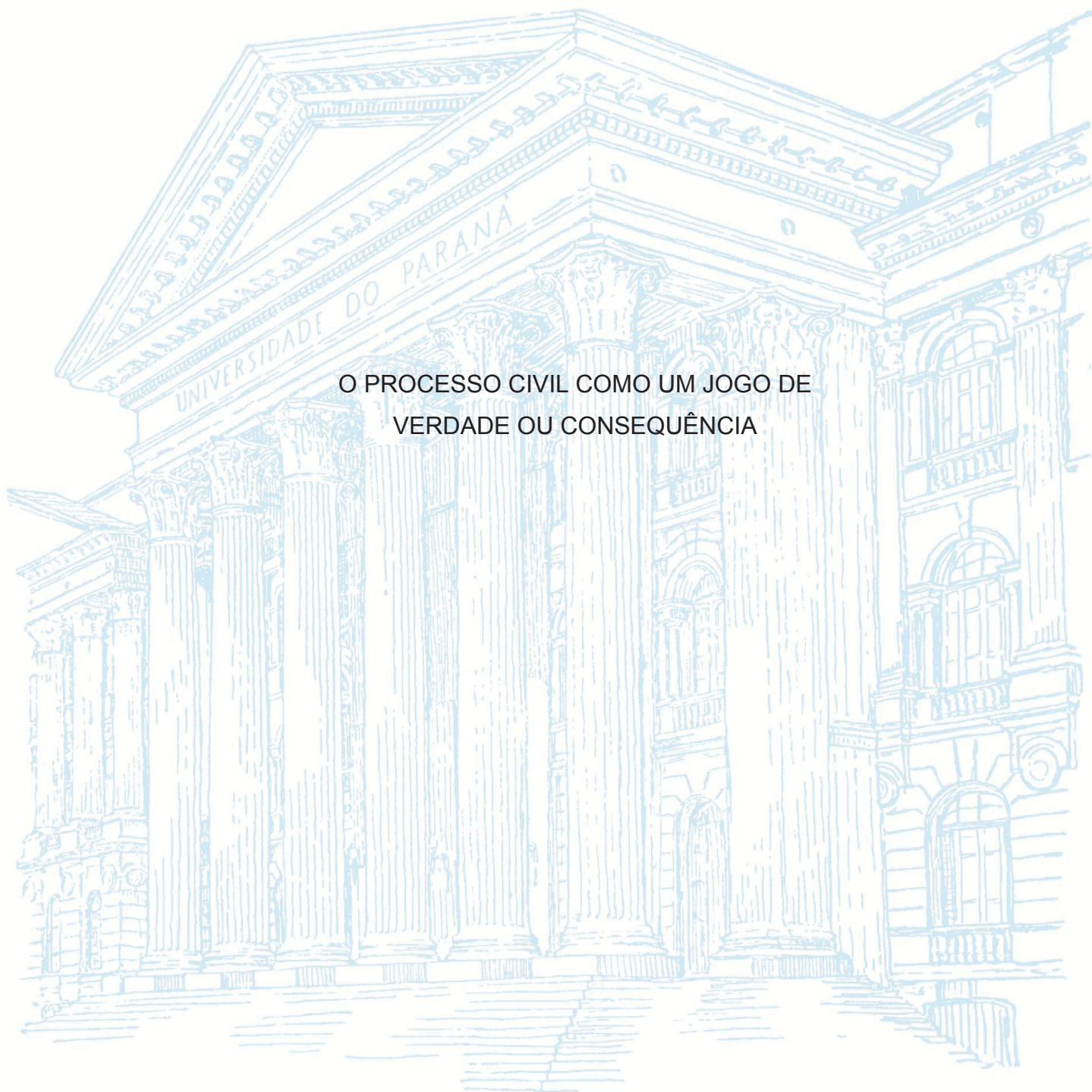
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA GONÇALVES BENVENUTTI POZZOBON

O PROCESSO CIVIL COMO UM JOGO DE
VERDADE OU CONSEQUÊNCIA

CURITIBA

2019



AMANDA GONÇALVES BENVENUTTI POZZOBON

O PROCESSO CIVIL COMO UM JOGO DE
VERDADE OU CONSEQUÊNCIA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi

CURITIBA

2019

P894p

Pozzobon, Amanda Gonçalves Benvenuti

O processo civil como um jogo de verdade ou consequência /
Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon. - Curitiba, 2019.
176 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. Setor
de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Orientador: Elton Venturi

1. Processo civil. 2. Verdade. I. Venturi, Elton. II. Título. III.
Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.91



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **AMANDA GONÇALVES BENVENUTTI POZZOBON** intitulada: **O processo civil como um jogo de verdade ou consequência**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua 2º PRÓVISO no rito de defesa. A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 18 de Abril de 2019.

ELTON VENTURI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

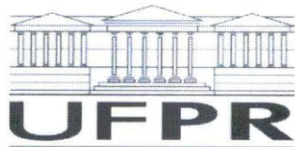
SÉRGIO SAÍD STAUT JUNIOR

Avaliador Interno (UFPR)

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Avaliador Externo (UFBA)





ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dezoito de abril de dois mil e dezenove às 14:00 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição da mestranda **AMANDA GONÇALVES BENVENUTTI POZZOBON** para a Defesa Pública de sua dissertação intitulada **O processo civil como um jogo de verdade ou consequência**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ELTON VENTURI (UFPR), SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UFPR), FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação da aluna. A mestranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ELTON VENTURI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 18 de Abril de 2019.

ELTON VENTURI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Avaliador Interno (UFPR)

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Avaliador Externo (UFBA)



*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.*

*E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os dois meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram a um lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades,
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
As duas eram totalmente belas.
Mas carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Devido ao pouco comprometimento da prática jurídica com a verdade no processo civil e da necessidade de reflexão sobre a preponderância do princípio da verdade no âmbito da Justiça Civil, o tema-problema da presente pesquisa é “o jogo do processo civil como uma questão de verdade ou consequência”. Partindo-se da premissa de que o processo civil é um instrumento que possibilita a atuação concreta do direito material, a pacificação e a participação dos indivíduos nos destinos da sociedade, identifica-se uma tensão entre duas perspectivas, que constituem as categorias reflexivas para o desenvolvimento do estudo: a perspectiva deontológica do estado-juiz e a perspectiva ontológica das partes. A primeira, inserida no âmbito da dogmática, é considerada como pano de fundo, enquanto a segunda, inserida no âmbito da zetética, é tida como protagonista da presente análise e compreendida a partir de elementos externos ao jurídico, como a Economia e a Sociologia. Diante da incompatibilidade entre os objetivos destas perspectivas (promover soluções adequadas e justas aos litígios trazidos perante o Judiciário versus o autointeresse de cada uma das partes, que sustentam seus argumentos com base na versão fáctica que lhe for mais favorável) é que as noções de jogo, verdade e consequência são analisadas. Mediante o instrumental econômico da Teoria dos Jogos e da acepção sociológica dos jogos como manifestações culturais, contemporaneamente representados pela “gameficação”, chega-se ao caráter estratégico e instrumental do processo civil. As partes litigantes decidem racionalmente com base na escassez e na incerteza, colocando em evidência seus respectivos autointeresses. Aplicando-se pragmaticamente esta conclusão quanto ao caráter do processo civil, chega-se à verdade somente em determinados graus de aproximação. Considerando a multiplicidade de significados do signo “verdade” e seus diferentes graus de aproximação nas perspectivas deontológica e ontológica, rejeita-se a tese cética e, a partir da dialeticidade entre as duas perspectivas, conclui-se que, embora o estado-juiz almeje a simples verdade, pode-se esperar das partes somente o dever de sinceridade. O recurso à consequência se apresenta como possível resposta à tensão entre o estado-juiz e as partes autointeressadas no que concerne à busca pela verdade no processo civil. Porque orientadas a incentivar a cooperação estratégica entre os sujeitos autointeressados no jogo processual civil e a limitar as estratégias por meio de seu estatuto ético, as consequências atuam como incentivos ofertados pelo ordenamento jurídico e são determinantes para os comportamentos das partes e as verdades (e consequências) obtidas no curso processual. Embora o processo civil seja revestido de caráter competitivo, este pode ser pensado por meio da lógica colaborativa, o que é preferível pelas regras instituídas pelo ordenamento e aplicadas pelo estado-juiz e compatível com as vantagens almejadas pelas partes autointeressadas.

Palavras-chave: Processo Civil. Jogo. Verdade. Consequência.

ABSTRACT

Due to the little commitment of the legal practice with the truth in the civil proceedings and the need of thinking about the preponderance of the principle of the truth in the Civil Justice, the subject-problem of the present research is “the game of the civil process as a matter of truth or consequence”. Having as premise the idea that the civil process is an instrument that enables the concrete action of substantive law, social pacification, and the participation of the individuals in the society, one identifies a tension between two perspectives, which constitute the reflexive categories for this study: the deontological perspective of the judge and the ontological perspective of the parties. The first, inserted in the dogmatic scope, is considered as background, whilst the second, inserted in the zetetic scope, is taken as the protagonist of the present analysis and can be understood as of external elements beyond the Law, such as Economy and Sociology. Given the incompatibilities between the objectives of these perspectives (to promote adequate and fair solutions to the litigious cases brought before the Judiciary versus the self-interests of each of the parties, who sustain their arguments based on the most favorable version of the facts), the notions of game, truth, and consequence are analyzed. Based on the economic instrument of the Game Theory and the sociological view of the games as cultural manifestations, represented in the contemporaneity by the notion of “gamefication”, one achieves the understanding of the civil process as strategic and instrumental. The parties reasonably decide based on scarcity and uncertainty, putting into evidence their respective self-interests. When pragmatically applying this conclusion regarding the characteristics of the civil process, the truth is achievable only in some degrees of approximation. Considering the multiplicity of the meanings of the “truth” and its different degrees of approximation in both the deontological and the ontological perspectives, the skeptical thesis is rejected and, as of the opposability between the two perspectives, one concludes that, although the judge seeks the simple truth, the parties will commit themselves only to a duty of sincerity. The recourse to the consequences presents itself as a possible answer to the tension between the judge and the self-interested parties in what concerns the search for the truth in the civil proceedings. Since they are oriented to incentive the strategic cooperation between the self-interested subjects in the game of the civil process and to limit the strategies based on its ethical statute, the consequences play the role as incentives offered by the legal order and are determinant of the behavior of the parties and the truth (and consequences) obtained in the course of the proceedings. Although the civil process has a competitive character, this can be considered as of a collaborative logic. This is preferable according to the rules instituted by the legal order and applied by the judge and compatible with the advantages sought by the self-interested parties.

Key-words: Civil Process. Game. Truth. Consequence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – JOGO E PROCESSO CIVIL	22
1.1 A racionalidade econômica do processo decisório.....	22
1.2 Estratégias para resolução dos conflitos sociais	40
1.3 Teoria dos jogos e “gameificação”	55
1.4 O caráter estratégico e instrumental do processo civil	68
CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS	81
PARTE II – VERDADE OU CONSEQUÊNCIA	108
2.1 Do ceticismo ao “é melhor acreditar” de Ronald Dworkin	109
2.2 Da verdade formal à “simples verdade” de Michele Taruffo	119
2.3 Do elevado grau de verdade do estado-juiz ao grau de honestidade das partes autointeressadas	130
2.4 O caráter pedagógico da consequência	142
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS.....	166

INTRODUÇÃO

Tudo é uma questão de *perspectiva* e *grau*. A veracidade ou falsidade dessa proposição é, também, uma questão de *perspectiva* e *grau*. Averiguar o *grau* de verdade ou falsidade da proposição a partir de uma – ou outra – *perspectiva* não será o tema do presente trabalho. A proposição será, tão somente, recurso argumentativo. Frase de efeito – ou frase “defeito” – a depender da *perspectiva* do observador e do *grau* de profundidade da observação.

O efetivo tema será – ou, ao menos, inicialmente era – “verdade e mentira no processo civil”. Tal assunto merece análise em razão de duas ordens de justificativa – ou, melhor, em duas *perspectivas* – ortodoxas em menor – ou maior – *grau* no âmbito da metodologia da pesquisa científica voltado à estruturação e à organização formais. Na *perspectiva* ortodoxa em menor *grau* – ou, de forma mais clara, heterodoxa – encontram-se alguns dos motivos de ordem pessoal que o justificam. Na *perspectiva* ortodoxa em maior *grau* – ou, simplesmente, ortodoxa – encontram-se justificativas relativas à sua relevância, atualidade e adequação.

Recorda-se de, no primeiro dia de aula de Direito Processual Civil, ministrada à turma diurna ingressa no ano de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, determinado aluno, perdido com tantas informações novas, levantar a mão e questionar ao professor: “é permitido mentir no processo civil?”. A resposta foi uma risada uníssona de todos os seus colegas. Embora o experiente mestre tenha esclarecido que não, não se deve faltar com a verdade no âmbito processual, o sentimento geral parecia ser o de que não há processo sem mentira. Desde então, mostra-se intrigante a temática “verdade e mentira no processo civil”.

Alguns anos depois, em palestra proferida pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart a respeito do Projeto do Código de Processo Civil de 2015 aos estagiários do Ministério Público Federal na Procuradoria da República no Paraná¹, lembra-se de atentamente ouvir sua inquietude com o fato de a mentira ser vista no processo

¹ Palestra intitulada “Projeto do Código de Processo Civil: principais alterações”, ministrada pelo Professor e Procurador Regional da República Sérgio Cruz Arenhart e promovida pela Procuradoria da República no Estado do Paraná – Programa Nacional de Treinamento, Desenvolvimento e Educação, no dia 15 de maio de 2014.

civil brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países, com imensa tolerância. Mais uma vez emerge a temática como ponto de interesse.

Oportuno salientar que a sua abordagem, para além de estar internamente justificada – a partir da *perspectiva* heterodoxa correlata às motivações pessoais que conduziram à presente pesquisa –, justifica-se também em sua exterioridade – a partir da *perspectiva* ortodoxa correlata à adequação. Com efeito, tem-se que na área de concentração denominada “direito das relações sociais”, especificamente no que tange à linha de pesquisa “direito, tutela e efetividade”, as possíveis formas de tutela efetiva dos direitos insurgem, justamente, como questão a ser considerada. Nesse espectro, “a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos”.² A temática “verdade e mentira no processo civil” é evidentemente abarcada pela espécie “tutela jurisdicional dos direitos”.

A atualidade do tema também se evidencia. Muito aquém de todos os pontos que poderiam corroborá-la, mas bastante ilustrativo, é o artigo 77, I, da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil. O referido dispositivo expressamente estabeleceu como dever “das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo (... a exposição dos) fatos em juízo conforme a verdade”.³

Outro ponto, embora constatado sem qualquer rigor científico – e que talvez estivesse melhor contextualizado na *perspectiva* heterodoxa – também tem valor ilustrativo. Conversas com colegas da área jurídica acerca do assunto “verdade e mentira no processo civil” indicaram, especialmente na *perspectiva* da prática jurídica – que, em geral, se dá no campo da advocacia –, pouco comprometimento com a verdade e, quiçá, ampla tolerância com a mentira. Arrisque-se dizer que a mentira é, por alguns – ou muitos –, tomada por normal ou até mesmo como pressuposto. É comum que se lance mão de toda sorte de derivações do princípio da não autoincriminação em nome de posicionamentos nesse sentido.⁴

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

³ Art. 77, I, do Código de Processo Civil: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade”.

⁴ Sobre a adequada configuração do princípio em sua dimensão “direito de não produzir prova contra si”, no âmbito processual civil brasileiro, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São

É possível afirmar, ainda, que as referidas conversas indicaram, especialmente na *perspectiva* da reflexão jurídica – que, em geral, se dá no campo da academia –, certa desconfiança em relação à “verdade no processo civil”. Nota-se, aqui, que em um contexto em que ganha destaque o relativismo e “pós-verdade” chegou a ser eleito termo do ano⁵, debruçar-se sobre a “verdade no processo civil” – ou em qualquer outro plano de fundo – pode soar moralista ou fantasioso.

O contraste entre o estampado no diploma processual civil atual e o percebido na prática e na reflexão jurídicas serve como elemento justificador da temática no viés da relevância. Ocorre, contudo, que não se pode ignorar que o percebido na prática e na reflexão jurídicas indica, também, obstáculos à abordagem do tema – ao menos de forma isolada –, quais sejam, justamente, o pouco comprometimento da prática jurídica com a “verdade no processo civil” e a certa desconfiança da reflexão jurídica em relação à “verdade no processo civil” – ou em qualquer outra esfera.

Tais obstáculos e, especialmente, a orientação⁶ do Professor Elton Venturi, aqui simbolizada no provocante questionamento “o princípio da verdade é e/ou deve ser sempre preponderante na Justiça Civil?”, tornaram inevitável a ampliação da pesquisa. Em que pese o valor reflexivo de uma ampliação no sentido de um estudo aprofundado do conceito – ou dos conceitos – filosófico de verdade e de seu

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 493. Já no que tange à sua dimensão “direito ao silêncio”, um tema ainda pouco estudado pela dogmática do direito processual civil, ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito ao silêncio no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/direitoao-silencio-no-processo-civil-brasileiro-arts-347-cpc-e-229-cc/>>. Acesso em: 29 jan. 2019. De forma ampla, sobre *nemotenetür se detegere* e processo civil, ver: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2003, f. 115-118.

⁵ O contexto é o da pós-modernidade, no qual o bem e a verdade deixam de ser considerados valores absolutos, universais e imutáveis, e passam a ser vistos, de forma relativizada, como valores social e historicamente construídos. Elevando-se esse relativismo a enésima potência, “pós-verdade” foi escolhida pelo dicionário Oxford em 2016 como a palavra do ano. Adjetivo que denota circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal (Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>> Acesso em: 29 jan. 2019.), ganhou destaque no ano de 2016, especialmente em relação ao evento “Brexit” e à eleição presidencial nos Estados Unidos. O termo está diretamente relacionado com as “fake news” divulgadas por veículos de comunicação – sobretudo redes sociais – como se fossem informações reais. “Pós-verdade” e “fake news” também estiveram bastante presentes no contexto das eleições majoritárias brasileiras de 2018.

⁶ Orientação aqui compreendida não só no restrito sentido educacional como “processo intencional e metódico destinado a acompanhar, segundo técnicas específicas, o desenvolvimento intelectual”; e sim também em sentido amplo como “direção ou guia”. Em: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1449.

contraponto – a mentira⁷ –, permeado por construções como a do relativismo e a da pós-verdade, fato é que se entendeu que pouco contribuiria para a proposta de pesquisa, uma vez em que inserida no contexto da efetiva tutela dos direitos. Noutro giro, considerando-se não só o contexto da pesquisa como também o fato de que, por vezes, é preciso “superar o ‘romantismo jurídico’ e atuar ‘pragmaticamente’, atingindo efeitos concretos”⁸, entendeu-se oportuna uma ampliação no sentido de um estudo correlato às razões do pouco comprometimento com a verdade processual civil – se é que existem vários tipos de verdades – em virtude de seu valor prático. O efetivo tema-problema será – ou, agora, é – “o jogo do processo civil como uma questão de verdade ou consequência”.

Dado o binômio “tema-problema”, a pesquisa se preocupará antes com o aspecto da problematização, voltando-se depois para o tema – “verdade no processo civil” – propriamente dito. Acredita-se que esse sentido – e não a sua contramão – oferece melhor visão do caminho, aumentando as chances de desvio das “pedras” moralistas ou fantasiosas. Nessa linha, visando a, por um lado, considerar o obstáculo do pouco comprometimento da prática jurídica com a “verdade no processo civil” e, por outro, refletir sobre o questionamento acerca da preponderância do princípio da verdade no âmbito da Justiça Civil, busca-se estabelecer as premissas que sustentarão a ampliação temática.

Oportuno destacar que tais premissas são eleitas conforme se entenda que aptas a conduzir a consideração e a reflexão propostas a resultados objetivos e realistas, ou seja, inclusivos da realidade como efetivamente se dá, e não somente de como muito supostamente deveria dar-se. A escolha das premissas faz-se inevitável, na medida em que, conforme se verá, à finitude do ser humano impõe-se sempre o decidir, e às decisões se impõe sempre um “abrir mão”. A eleição das bases indicadas conforme o objetivo almejado – dentre tantas outras possíveis – são, portanto, escolhas – com suas consequentes renúncias – que se colocam à finitude da pesquisa.

⁷ Especificamente sobre “mentira”, ver: DURÃO, António. Filosofia e verdade moral: conceito filosófico da mentira. **Revista Portuguesa de Filosofia**. Lisboa, v. 11, p. 193-202, 1995.

⁸ Frase retirada dos “agradecimentos” da monografia jurídica “A venda responsável do crédito: prevenção e tratamento do superendividamento”, já em relação à orientação efetiva – e não apenas técnica-formal – do Professor Elton Venturi. POZZOBON, Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon. **A venda responsável do crédito: prevenção e tratamento do superendividamento**. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2014.

Feita tal ressalva, estabelece-se, no que tange à problematização correlata ao pouco comprometimento da prática jurídica com a “verdade no processo civil”, que orientarão a pesquisa os seguintes argumentos: o fenômeno processual civil pode ser analisado de forma ampla a partir de seu aspecto objetivo – relativo à sua estrutura normativa – combinado com seu aspecto subjetivo – relativo à sua caracterização como locus de interações humanas; a análise de ambos os aspectos pode-se limitar ao instrumental da *perspectiva* jurídica; não obstante, a análise dos seus aspectos objetivo e subjetivo aberta ao instrumental da *perspectiva* econômica permite compreendê-lo como instituição humana feita por e para indivíduos autointeressados. Os argumentos postos autorizam a adoção, como marco teórico, de tese no sentido de que o fenômeno processual civil tem um caráter estratégico e institucional.⁹

Já no que concerne à problematização relativa à preponderância do princípio da verdade no âmbito da Justiça Civil, a pesquisa será direcionada pela conjugação dos seguintes referenciais: o processo civil não é – e não pode ser – um valor em si mesmo, sob pena de se recair em um formalismo excessivo, e, nessa medida, é – e deve ser – um instrumento capaz de efetivamente possibilitar a atuação concreta do direito material (escopo jurídico), a pacificação (escopo social) e a participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político)¹⁰; ademais, não é – e não deve ser – o único instrumento a compor a Justiça Civil, a qual deve abarcar, a partir de uma releitura ampliativa do acesso à justiça, outras vias de acesso, que se somem à jurisdicional¹¹, e ainda, no âmbito desta última, outras formas de resposta que não somente a adjudicatória, materializada pela técnica da sentença¹²; e, por

⁹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. **Buffalo Law Review**, v. 27, p. 181-292, New York, 1978. No Brasil: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

¹² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. A sentença pode ser vista como técnica na perspectiva da tutela dos direitos: “Quando se percebe a necessidade de distinguir os meios – que permitem a prestação da tutela – do fim ou do resultado a ser obtido no direito material – ou seja, da tutela jurisdicional do direito –, torna-se evidente a distinção entre técnica processual e tutela dos direitos. Nessa última perspectiva, as sentenças – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva – são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional”. Em: MARINONI,

fim, a coexistência dos escopos a serem alcançados, bem como das variadas vias de acesso à justiça e técnicas de sua entrega, deve-se dar sempre com vistas à tutela dos direitos – plano de fundo que, conforme posto, estará presente em todo o desenvolvimento do presente trabalho.

Em razão da ampliação temática exposta e da necessária compreensão das premissas que a sustentarão, serão objetos de estudo não só as categorias “processo civil” e “verdade”, já presentes na formulação inicial “verdade e mentira no processo civil”. Será também objeto a categoria antecedente “jogo”, explicativa dos caracteres estratégico e institucional do fenômeno processual civil. E, ainda, a categoria consequente – com perdão ao trocadilho – “consequência”, vinculada à aplicação conclusiva destes caracteres. Isso tudo por se ter entendido que ignorá-las levaria à construção inócua sobre o que se entende – ou se deve entender – por “verdade no processo civil”.¹³

O incremento dos objetos de estudo exige, certamente, especial cuidado em relação à estrutura lógica da pesquisa. Dada a necessidade de abordar – ou, ao menos, tentar abordar – os variados objetos de investigação de forma racional e construtiva, será adotado como estratégia de organização plano de trabalho estruturado em duas partes, acrescido de ponto específico de interseção e dialeticidade entre os tópicos elencados. A distribuição dos objetos se dará conforme a aptidão de cada um para a elucidação dos objetivos específicos que passam a ser delimitados.

A primeira parte do trabalho (Parte I – Jogo e Processo Civil) girará em torno do eixo – argumentativo – da *perspectiva*. Visa a, especificamente, explicar as

Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 342. Em que pese a noção de Justiça Civil ser utilizada para indicar a ampliação de vias de acesso, em perspectiva formal serve à necessário recorte metodológico, escolhido para o presente trabalho: as construções serão afetas à Justiça Civil em sentido estrito, não se prestando a esclarecer – senão incidentalmente – o fenômeno processual nas áreas penal, administrativa sancionadora, militar, eleitoral, trabalhista ou de controle concentrado de constitucionalidade. O foco, portanto, são as questões levadas, ou passíveis de serem levadas, à apreciação da Justiça Civil comum, especificamente as que se conformam à jurisdição contenciosa – e não voluntária –, espaço no qual os conflitos sociais entre partes podem receber uma resposta estatal.

¹³ Em relação à presente organização, necessário que se ressalve que a abordagem da “prova”, aqui, será limitada à representação do caráter argumentativo do processo. Isso, pois, propõe-se o trabalho a realizar caminho inverso ao feito, na maioria das vezes, quando o tema é “verdade no processo” – civil ou não. Explica-se: em regra, aborda-se a questão da “verdade” com o intuito de avançar a análise para a questão da prova no processo civil. Não obstante, o presente trabalho pretende dar um passo atrás e compreender o cenário de tensão entre perspectivas, relacionado ao jogo do processo civil, para, então, avançar a análise para – e até – a questão da “verdade”.

premissas eleitas para a sustentação da ampliação temática. Nessa linha, inicialmente se centrará na abertura da análise dos aspectos objetivo e subjetivo do fenômeno processual civil ao instrumental da *perspectiva* econômica, permitindo compreendê-lo como instituição humana feita por e para indivíduos autointeressados e, porquanto, estratégico e institucional. Nessa trilha, será explicada a noção de autointeresse – correlata ao modelo da racionalidade econômica – a partir da ideia de conflito social (1.1 – A racionalidade econômica do processo decisório e 1.2 – Estratégias para resolução dos conflitos sociais). Considera-se que a abertura ao instrumental da *perspectiva* econômica tem potencial aptidão para ministrar à pesquisa certa “dose de realidade”.

Frisa-se, no entanto, que tal abertura não implicará, em momento algum, abandono da *perspectiva* jurídica. Estabelecer um diálogo com outras *perspectivas* faz-se necessário para evitar uma reflexão enclausurada. Não obstante, é necessário cautela para que, ao se desviar da armadilha do monólogo jurídico – em que o direito trava uma conversa consigo mesmo – não se chegue a um labirinto – em que o direito se perde. Nessa medida, o presente trabalho se abrirá não só ao instrumental da *perspectiva* econômica como também a influxos de outras *perspectivas*, como a sociológica e a psicológica, evidenciado que à construção jurídica proposta serve noções econômicas, mas aquela se sustentaria independentemente dessas. É nesse contexto que se inserirá a exposição dos elementos necessários para explicar a estrutura institucional-estratégica do processo civil. Tais elementos serão emprestados da *perspectiva* sociológica sobre os jogos (1.3 – Teoria dos Jogos e Gameificação).

Na trilha que será seguida, visando a não se distanciar da *perspectiva* jurídica, adotar-se-á como filtro metodológico a distinção entre dogmática e zetética. No âmbito da dogmática jurídica, as situações captadas configuram-se como “dever ser” e são compreendidas a partir dos marcos da ordem vigente. Já no âmbito da zetética jurídica, as situações captadas configuram-se como “ser” e são compreendidas a partir do questionamento dos marcos da ordem vigente por meio de elementos externos, como os advindos da Economia ou da Sociologia.¹⁴ Em um ou em outro, permanece presente a *perspectiva* jurídica em maior ou menor *grau*,

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

respectivamente. Isso, pois, mesmo quando o sistema jurídico se abre a outros elementos, como no caso do enfoque zetético, o faz conforme suas próprias normas. Ou seja, é o próprio sistema jurídico que regula sua abertura a elementos exteriores.

A partir do estabelecimento dos contornos da pesquisa nesses termos, vislumbra-se um contexto de tensão: se, por um lado, faz-se necessária a compreensão do fenômeno processual civil como instituição humana feita por e para indivíduos autointeressados, por outro, é essencial que isso se dê de forma que não implique demasiado afastamento de sua delimitação jurídica, centrada na ideia de efetiva tutela dos direitos. A manutenção do equilíbrio entre os elementos em tensão reclama, assim, um contrapeso ao enfoque zetético do primeiro capítulo. É nesse contexto que se abordará o objeto “processo civil”, correlato ao enfoque dogmático (1.4 – O caráter estratégico e instrumental do processo civil).

Nota-se, a partir da organização proposta, que uma decisão permeará todo o trabalho: os indivíduos autointeressados por e para quem o processo civil se dá são as partes. Não se ignora, é claro, que o processo civil pode apresentar inúmeras estruturas subjetivas, mais ou menos complexas, contando com a participação de procuradores, terceiros intervenientes, auxiliares da justiça, membros do Ministério Público e defensores.¹⁵ No entanto, são as partes e o “estado-juiz” que se unem ao “processo” como polos metodológicos estruturantes de toda a Ciência Processual Civil, na medida em que exercem, respectivamente, ação – ou ação e defesa – e jurisdição.¹⁶

¹⁵ Livro III do Código de Processo Civil: “Dos sujeitos do processo”. Há que se considerar, ainda, as especiais configurações subjetivas dos processos civis coletivos, campo para profícuas discussões jurídicas. A título de exemplo, cita-se a problemática “(...) natureza jurídica da legitimação ativa das associações civil para a propositura de ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos”. Sobre o tema, ver: VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. **Revista de Processo**, v. 255, p. 277-290, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Noutro extremo, relembra-se a possibilidade, embora não abarcada pela preponderância da jurisdição contenciosa assumida na pesquisa, de processos com apenas uma parte, como aqueles que envolvem direito estritamente relacionado a um só sujeito, dos quais é exemplo a ação de alteração de nome.

¹⁶ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 17. Destaca-se, aqui, que desde o início tem-se adotado variação de proposta do autor, deixando-se de utilizar, em desatendimento deliberado às regras gramaticais, a letra maiúscula na expressão “estado-juiz”. Tal grafia parece mais adequada à análise das escolhas estratégicas dos sujeitos autointeressados em equilíbrio com o agir/decidir cooperativo do estado-juiz, de forma que o polo do “processo” não seja dominado, nem por “jurisdição”, nem por “ação”, nem por “defesa”.

Dentre as partes e o estado-juiz, a decisão por analisar aquelas, e não este, como indivíduos autointeressados por e para quem o processo civil se dá pauta-se pela já indicada área de concentração da pesquisa proposta: “direito das relações sociais”. Efetivamente, a área de concentração indicada parece exigir que sejam protagonistas as relações horizontais travadas entre os particulares que convivem nos campos sociais, como o mercado, a vizinhança, o trânsito e a família. Abre-se mão – se não de forma integral, ao menos em elevado *grau* – de refletir sobre as relações verticais – ou políticas – que se dão entre governantes e governados, ou seja, entre Estado e particulares.¹⁷ A escolha se deu, portanto, justamente em razão do protagonismo que devem assumir as relações sociais – e não as relações de “direito do estado”.¹⁸

Ademais, embora não se ignore que o estado-juiz – muito menos o juiz e toda a estrutura burocrática que o circunda¹⁹ – não viva em um mundo asséptico, imune à “vida como ela é”²⁰, entendeu-se que decidir por uma visão realista tanto da sua atividade como da desenvolvida pelas partes teria como custo um demasiado afastamento da *perspectiva* jurídica. A opção por um viés menos realista – ou realista em menor *grau* e normativo em maior *grau* – quanto à *perspectiva* do estado-juiz funcionará como um “paraquedas de emergência”, permitindo que a reflexão se aventure em análise mais realista – ou realista em maior *grau* e normativa em menor *grau* – quanto à *perspectiva* dos indivíduos autointeressados. Além disso, ainda que interessante, a compreensão do estado-juiz como sujeito processual autointeressado mostra-se afastada dos marcos da ordem vigente. Noutro giro, a compreensão das partes como indivíduos autointeressados pode permitir uma melhor condução do processo conforme as bases constitucionais contemporâneas.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

¹⁸ Referência à área de concentração “direito do estado” que, assim como a área de pesquisa “direito das relações sociais”, compõe o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

¹⁹ POSNER, Richard A. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

²⁰ Referência à obra “A vida como ela é”, coletânea da coluna escrita por Nelson Rodrigues no jornal carioca “Última Hora”, entre 1951 e 1961. Baseada na observação da vida cotidiana, traz histórias estruturadas como contos que, tendo o Rio de Janeiro dos anos 50 como pano de fundo, giram em torno de temas como casamento, traição, perversões familiares e falsos moralismos. Embora aqui se aproprie da expressão para descrever o objeto de reflexão, importa mencionar que não se pretende reduzir a complexidade da realidade a uma única faceta da “vida como ela é”. De fato, existem “vidas que são”, sendo impossível abranger todos os complexos pormenores dessas vidas.

Assim, as categorias reflexivas eleitas para o desenvolvimento da pesquisa serão expostas em duas *perspectivas*: a *perspectiva* de plano de fundo será a do estado-juiz, entendido como aquele que exerce a jurisdição; já a *perspectiva* protagonista será a das partes, entendidas como indivíduos autointeressados que exercem a ação e a defesa. No que tange especificamente à *perspectiva* do estado-juiz, a dogmática jurídica orientará a análise em maior *grau*, assumindo o direito, portanto, seu caráter deontológico. Ganham destaque as normas e a epistemologia avaliativa.²¹ Aqui, o léxico será eminentemente jurídico.²² Nessa linha, será utilizado o signo “estado-juiz” e não o signo “juiz”, por se entender que aquele tem significado mais coerente com a escolha feita.

Já no que tange especificamente à *perspectiva* das partes, a zetética jurídica orientará a análise em maior *grau*, assumindo o direito, portanto, seu caráter ontológico. Ganham relevo os fatos e a epistemologia descritiva.²³ Pode-se dizer que, aqui sim, aparece “a vida como ela é”. O léxico jurídico se abrirá aos signos e significados de outras áreas, mormente, da econômica. Em resumo, esse recorte nos leva à distinção relevante: entre a *perspectiva* deontológica do estado-juiz e a *perspectiva* ontológica das partes. A leitura que se propõe, portanto, “não é cursiva, não vai de um começo ao fim, mas exige interrupções, idas e voltas, um olhar para o usual (representado pelo estado-juiz em um enfoque dogmático) e para o inusitado (representado partes em um enfoque zetético)”.²⁴

Retomando-se o plano de trabalho e a delimitação dos objetivos específicos de seus tópicos, indica-se que, concluída a primeira parte, considerações intermediárias se prestarão, formalmente e com perspectivas de avanço, ao estabelecimento de interseção dialética com a segunda parte; já, materialmente e

²¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²² Destaca-se, nesse contexto: “O signifiante é o dado concreto do signo, a sua realidade material, tanto do ponto de vista sonoro quanto gráfico. Já o significado é o dado imaterial, conceitual do signo, algo que remete a uma representação mental provocada pelo signo”. ademais, é possível dizer que há “dois tipos de léxico: um deles se refere a um determinado estado de língua, composto pelas palavras que são compartilhadas por todos os usuários, parecendo uma espécie de interseção dos usos individuais cotidianos (é o léxico comum); o outro comporta todas as palavras empregadas pelos usuários de determinada língua, independentemente de serem compartilhadas entre eles (é o léxico total)”. Em: HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica**: estudos produtivos sobre palavra e significação. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 10 e 13.

²³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p 16.

visando ao avanço prudente, à aplicação das premissas explicadas na primeira parte por meio da conjugação de seus escopos.

Por esse caminho será delimitado o “processo civil” adequado à análise do tema “verdade no processo civil” nos moldes almejados: inclusivos da realidade como efetivamente se dá, e não somente de como muito supostamente deveria dar-se. Em outras palavras, espera-se delimitar uma *perspectiva* de “processo civil” na qual a observação dos possíveis *graus* (de aproximação da) verdade²⁵ possa se dar conforme lente objetiva e não fantasiosa. Tal lente de controle se adequa mais à aplicação conclusiva dos caracteres estratégico e institucional do fenômeno processual civil – explicados na primeira parte – não apenas em um viés reflexivo, dogmático ou zetético, como também em um viés prático-pragmático.

Nessa linha, após as considerações intermediárias – nas quais se delimitará uma *perspectiva* de “processo civil” na qual a observação dos possíveis *graus* de verdade possa se dar conforme lente objetiva e não fantasiosa –, a segunda parte do trabalho (Parte II – Verdade ou Consequência) se orientará, então, em torno do eixo – argumentativo – do *grau*. Visa a, especificamente, verificar qual o *grau* de verdade que se deve – e pode – esperar no processo civil a partir da tensão entre as *perspectivas* deontológica (do estado-juiz) e ontológica (dos indivíduos autointeressados); e, ainda, a partir da mencionada aplicação conclusiva dos caracteres estratégico e institucional do fenômeno processual civil em um viés prático-pragmático, enumerar possíveis maneiras de se alcançar o *grau* de verdade verificado como esperado.

Dados os seus objetivos específicos, a parte em questão buscará, inicialmente, elucidar brevemente a desconfiança da reflexão jurídica em relação a ideia de verdade, expondo os *graus* de verdade identificados no âmbito amplo da Teoria do Direito (2.1 – Do ceticismo ao “é melhor acreditar” de Ronald Dworkin) para que, a partir do método dedutivo, avaliem-se os *graus* correspondentes no âmbito específico do Direito Processual Civil (2.2 – Da verdade formal à “simples verdade” de Michele Taruffo). Em seguida, a partir das contribuições das partes anteriores, delimitar o *grau* de verdade com que o processo civil deve e pode estar definitivamente comprometido, considerada a *perspectiva* deontológica do estado-

²⁵ A ideia de “*graus* de verdade” será usada a título de simplificação. Certamente, no entanto, é frase “defeito” na medida que só é possível falar em “*graus* de aproximação da verdade”, pois se trata a “verdade” de conceito absoluto. Ou algo é absolutamente verdadeiro, ou não é.

juiz e o *grau* de verdade exigível das partes autointeressadas, ponderada a dialeticidade entre a referida *perspectiva* deontológica e a *perspectiva* ontológica, demonstrativa do caráter estratégico do fenômeno processual civil (2.3 – Do elevado grau de verdade do estado-juiz ao grau de honestidade das partes autointeressadas).

Estabelecidas essas questões, no último ponto de desenvolvimento (2.4 – O caráter pedagógico da consequência), o recurso à “consequência” servirá, por fim, à aplicação, no que concernem os aspetos ligados à “verdade no processo civil”, dos caracteres estratégico e institucional em um viés prático-pragmático. Nessa senda, serão indicadas possíveis “consequências” orientadas ao incentivo da cooperação estratégica dos sujeitos autointeressados no jogo processual civil – ou “coopetição” –, bem como à limitação das estratégias por seu estatuto ético. Com isso, pretende-se demonstrar a aptidão do viés econômico-institucional do fenômeno processual civil para a mediação das *perspectivas* deontológica e ontológica em tensão.

A partir do desenvolvimento do trabalho segundo a divisão e os objetivos específicos expostos, a pesquisa se propõe a conectar os elementos “jogo”, “processo”, “verdade” e “consequência”, teorizando “o processo civil como um jogo de verdade ou consequência”. Consideradas as regras do jogo proposto, prestar-se-á a desenvolver apontamentos conclusivos acerca da utilização de reforços – positivos e negativos – punitivos e premiais (consequência) como método apto a equilibrar as *perspectivas* deontológica e ontológica em tensão no que tange ao acerto dos fatos (verdade), sem que se comprometa, por um lado, o agir estratégico das partes autointeressadas (jogo) e, por outro, a justa, adequada e tempestiva tutela jurisdicional do direito substancial (processo). Prestar-se-á, ainda, a destacar que, no âmbito da Justiça Civil, pode-se mostrar mais vantajoso ou adequado outro tipo de jogo, cujas regras se orientam, preponderantemente, pelo princípio consensual – e não pelo princípio da verdade.

PARTE I – JOGO E PROCESSO CIVIL

Esta PARTE I - JOGO E PROCESSO CIVIL se organiza em torno do eixo *PERSPECTIVAS*. Inicialmente, centra-se na abertura da análise dos aspectos objetivo e subjetivo do fenômeno processual civil ao instrumental da *perspectiva* econômica, permitindo, então, compreendê-lo como instituição humana feita por e para indivíduos autointeressados e, porquanto, estratégico e institucional. Nessa trilha, nos primeiros pontos, explica-se a noção de autointeresse – correlata ao modelo da racionalidade econômica – a partir da ideia de conflito (Ponto 1.1 – A racionalidade econômica do processo decisório e Ponto 1.2 – Estratégias para resolução dos conflitos sociais). Em seguida, na medida em que o presente trabalho se abre não só ao instrumental da *perspectiva* econômica como também, em um enfoque zetético, a influxos de outras *perspectivas*, expõem-se os elementos necessários para explicar a estrutura institucional-estratégica do processo civil a partir da *perspectiva* sociológica sobre os jogos na cultura, representada contemporaneamente pela ideia de “gameificação” (Ponto 1.3 – Teoria dos jogos e “gameificação”). Por fim, tem-se por objetivo estabelecer o embasamento teórico necessário à visão dogmática do fenômeno processual civil, oferecendo contraponto ao enfoque zetético. Nesse sentido, a partir dos marcos da ordem vigente destacados, investigam-se no contexto da fase metodológica processual vigente – formal-avaliativa – os escopos do instrumento processual civil segundo a lógica do direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo (Ponto 1.4 – O caráter estratégico e instrumental do processo civil).

1.1 A racionalidade econômica do processo decisório

É possível imaginar, em um exercício de “faz de conta”, um mundo de recursos infinitos. Nesse mundo vive determinado ser humano, onipotente, onipresente, onisciente e imortal. Esse ser humano não tem qualquer necessidade ou preferência e vive sozinho. Ocorre, contudo, que nem esse mundo de recursos infinitos existe, nem é humano um ser onipotente, onipresente, onisciente, imortal e sem qualquer necessidade ou preferência. Ademais, na Terra, diferentemente do que nos planetas de “faz de conta” como o Asteroide B 612 ou o Asteroide 330,

contam-se “cento e onze reis (não esquecendo, é claro, os reis negros), sete mil geógrafos, novecentos mil negociantes, sete milhões e meio de beberrões e trezentos e onze milhões de vaidosos – isto é, cerca de dois bilhões de pessoas grandes”.²⁶

O ser humano que vive no planeta Terra é, portanto, finito e social. Em razão disso, sempre precisa escolher entre as poucas ou muitas opções disponíveis que se colocam à sua finitude. Assim, o conflito entendido como “estado de consciência devido a choque entre tendências opostas é encontrado, em grau variável, em qualquer indivíduo”.²⁷ À realidade social, por sua vez, impõem-se a escassez de recursos, a amplitude de necessidades e os mais variados desejos. À interação social se impõem as insatisfações e os quiproquós. Isso, pois, o ser humano nunca está contente onde está.²⁸ A linguagem, “meio de expressão e de comunicação entre pessoas”²⁹, ou seja, de interação social, “é uma fonte de mal-entendidos”.³⁰

Conforme teorizado por Morton Deutsch, questões como controle sobre recursos, preferências, incômodos, valores e crenças³¹ fazem com que o conflito, entendido como “colisão”³², seja encontrado, em grau variável, em qualquer sociedade. A colisão entre a necessidade e/ou desejo de e/ou por certo recurso de um e outro, o choque entre as preferências e valores de um e outro, enfim, as “divergências ‘entre o meu e o teu’ (...) criam um dos fenômenos mais recorrentes de qualquer sociedade: o ‘nosso’ conflito”.³³ O conflito emerge, portanto, como inevitável. Existe quando atividades incompatíveis ocorrem em uma pessoa (conflito intrapessoal) ou reflete ações incompatíveis de duas ou mais pessoas (conflito

²⁶ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Trad.: Dom Marcos Barbosa. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009, p. 56.

²⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 522.

²⁸ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Trad.: Dom Marcos Barbosa. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009, p. 73.

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1213.

³⁰ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Trad.: Dom Marcos Barbosa. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009, p. 67.

³¹ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32. Oportuno mencionar que, neste trabalho, a construção de Morton Deutsch é o marco teórico correlato à reflexão sociopsicológica do conflito, frente à sua abordagem matemático-econômica, da qual será referencial a teoria dos jogos.

³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 522.

³³ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2016, f. 40.

interpessoal ou intersubjetivo).³⁴ Impõe-se “como fator do processo universal dos (... seres humanos) e das sociedades”.³⁵ A percepção do conflito como realidade inevitável exige que não seja compreendido apenas em um viés negativo.

Nessa linha, é possível compreender o conflito, para além da discussão tradicional que o coloca como vilão, como fonte de transformação e unidade.³⁶ A partir desse viés funcional-positivo, pode-se concluir que o conflito não deve ser eliminado nem suprimido por um longo tempo³⁷ na medida em que reflete um equilíbrio entre os valores sociais da estabilidade e integração e os valores sociais da mudança e ruptura.³⁸ O fato de não se encarar o conflito como patologia³⁹ a ser eliminada ou suprimida não significa, no entanto, que não deva ser “gerido”.⁴⁰ Não se pode permitir ceder a um “exagero na positividade sociológica dos antagonismos”.⁴¹ Se, por um lado, a completa ausência do conflito implica a impossibilidade de rupturas e mudanças, o que pode, inclusive, elevar a tensão a um ponto em que a integração e a estabilidade estejam ameaçadas; por outro, a sua

³⁴ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

³⁵ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2016, f. 41.

³⁶ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

³⁷ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

³⁸ Nesse sentido, teoriza-se o conflito como forma de “sociação”, ou seja, método de interação humana, compatível com um processo de vida real. SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Trad.: Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983. A partir de Georg Simmel, Fabiana Spengler argumenta que “conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento”. Argumenta, ainda, que trazem mudanças e estimulam inovações. Em: SPENGLER, Fabiana Marion. **O estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Tese (doutorado) - Universidade Do Vale Do Rio Dos Sinos, 2007, f. 272.

³⁹ Referência à discussão tradicional funcionalista – e estrutural funcionalista – que elabora o conflito como patologia social, cujo expoente é Émile Durkheim. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁴⁰ Nesse sentido, teoriza-se o conflito como dado da realidade que exige abordagem estratégica. SCHELLING, Thomas Combric. **The strategy of conflict**. Cambridge: HUP, 1980. Na linha que vem sendo posta e a partir de Thomas Schelling, Rafael de Abreu argumenta, respectivamente, que o estudo do conflito pode ser desenvolvido, por um lado, mediante a sua compreensão como estado de patologia social; e, por outro, “como um dado da realidade, o que justifica um objetivo prático de compreender os comportamentos no conflito de modo a gerir esses comportamentos. Esse âmbito pode ser denominado como da estratégia do conflito”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 252.

⁴¹ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2016, f. 38.

existência imoderada pode implicar enorme instabilidade e desintegração. Em um cenário de enorme instabilidade e desintegração não há regras. Sem regras, os mais fortes dominam os mais fracos e impedem qualquer ruptura ou mudança social, visando à manutenção do *status quo* de dominação.

Mesmo no espectro mais restrito do conflito intrapessoal ou interno, em comparação com o conflito interpessoal ou social, o viés da positividade pode ser pensado. Os dilemas intrapessoais geram, certamente, crescimento pessoal.⁴² Nada obstante, também precisam ser administrados. Assim sendo, tem-se que o conflito intrapessoal que se coloca sempre ao ser humano exige decisão por uma das tendências opostas em choque. Da mesma forma que o conflito, a decisão que exige é inerente à vida humana. O ser humano “vive tomando decisões”. Se não as tomasse, provavelmente não viveria.

O termo decisão é formado pelo prefixo *de* (prefixo latino que aqui assume o sentido de parar, extrair ou interromper) que antecede o sufixo *caedere* (que significa cindir ou cortar). Tomado ao pé da letra quer dizer “parar de cortar” ou “deixar fluir”.⁴³ Com efeito, sem que se tome uma decisão sobre agir ou não e, optando-se por agir, em que sentido agir – por óbvio – não há ação. Sem a decisão a ação não flui e tudo fica parado, estático, ou seja, estagnado. A decisão é a etapa derradeira e anterior à execução, determinando, em seu desenlace, uma ação.⁴⁴ Não se pretende, com tal construção, adotar uma teorização mecanicista de relação direta entre decisão e ação efetivada. Não se ignora que muitos outros aspectos confluem para o comportamento realmente adotado pelo indivíduo ou grupo, os

⁴² Morton Deutsch salienta que o conflito é potencialmente de valor pessoal, para além de social, podendo representar mudança íntima. Ademais, é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, permite o uso completo e pleno de sua capacidade. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

⁴³ PEREIRA, Maria José Lara de Bretas; FONSECA, João Gabriel Marques. **Faces da decisão: as mudanças de paradigmas e o poder da decisão**. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 713.

⁴⁴ Nesse sentido: “A decisão em sentido amplo, a função de decidir, comporta três etapas. A primeira delas é a deliberação. No processo deliberativo são consideradas as opções disponíveis em confronto com as características do problema e dos personagens envolvidos nele e se verifica sua viabilidade em termos de extensão que alcançará como resultado. Deliberação é um processo cujo resultado é a decisão em uma tarefa autorreferente e circular que a vincula. Após a deliberação é feita uma escolha, ou seja, é tomada uma decisão que irá dar início a uma outra ação, o último lance, a execução. A decisão é o produto de uma deliberação da qual consiste a etapa derradeira e anterior à execução. O processo deliberativo identifica-se com o próprio corpo orgânico da tomada da decisão, determinando, em seu desenlace, uma ação”. Em: MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus: CONPEDI, p. 6104-6125, 2006, p. 6108.

quais também devem ser considerados sob pena de recair na armadilha do reducionismo.⁴⁵

O objeto de qualquer exame não pode, de fato, limitar-se à decisão. A decisão, estado psicológico ou mental não concreto, individual ou coletivo, pode até mesmo ser um evento inapreensível ou arbitrário, se abstraído de uma série de outras decisões e ações.⁴⁶ Tampouco se pode afirmar que toda decisão é comprometida com uma ação.⁴⁷ Não obstante, não se pode negar que algum papel tem a decisão na determinação da ação, seja tal decisão suficiente – ou não – para explicar a ação. Ou seja, embora o objeto de qualquer exame não possa se limitar à decisão, necessariamente perpassa por ela. Isso fica claro quando se entende que “decidir é, ao mesmo tempo, um modo de decidir e (...) uma relação com o mundo”.⁴⁸ É uma sequência de decisões – apreensíveis ou não –, ações – ou não ações – e suas conexões que constroem a realidade, operam mudanças e “fazem a vida fluir”. É nesse cenário que se afirma que o ser humano “vive tomando decisões” e que se não as tomasse provavelmente não viveria. As decisões impulsionam a vida.

Em que pese seja inevitável, a decisão não é um processo automático, porque envolve sempre mais de uma alternativa. Seja rotineira ou episódica, sem consequências ou vinculada a consequências graves, menos ou mais complexa, implica um jogo de possibilidades e resultados diversos. A pluralidade de alternativas é fator elementar da decisão.⁴⁹ De fato, mesmo quando para solucionar um problema temos uma única ação a tomar, temos as alternativas de tomar – ou não – esta ação.⁵⁰ Tem-se um problema de tomada de decisão, em resumo, quando

⁴⁵ LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a questão da decisão organizacional e seu paradigma. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 29, p. 110-125, 1995. Há que se frisar, no entanto, que as considerações deste trabalho autorizam afirmar que, ao fim e ao cabo, todas as análises acabam sendo em alguma medida reducionistas em razão de serem as escolhas inerentes aos seres humanos e, conseqüentemente, às suas pesquisas.

⁴⁶ LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a questão da decisão organizacional e seu paradigma. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 29, p. 110-125, 1995.

⁴⁷ LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a questão da decisão organizacional e seu paradigma. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 29, p. 110-125, 1995.

⁴⁸ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus: CONPEDI, p. 6104-6125, 2006, p. 6105.

⁴⁹ MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 35.

⁵⁰ Nesse sentido: “a decisão precisa ser tomada sempre que estamos diante de um problema que apresenta mais de uma alternativa de solução. Mesmo quando, para solucioná-lo, possuímos uma

é necessário escolher frente a poucas ou muitas opções disponíveis. A tomada de decisão corresponde, então, ao procedimento de análise e escolha entre alternativas disponíveis no curso de ação que se deve seguir. Notório, mais uma vez, o imbricamento entre as noções complementares conflito e decisão: esta envolve justamente o conflito entre as poucas ou muitas opções disponíveis. Desse imbricamento decorre que decidir envolve, necessariamente, “abrir mão” das poucas ou muitas opções disponíveis em nome da possibilidade escolhida. Toda decisão tem seu custo.

Destaca-se que mesmo em um contexto de saciedade⁵¹, em que se tem, então, muitas – e não poucas – opções disponíveis, o custo das alternativas não escolhidas é inevitável. Em razão da finitude do ser humano, ainda que todas as opções sobre todas as coisas lhe fossem disponíveis, não poderia optar pelo todo na medida em que suas próprias limitações o impediriam de usufruí-lo.⁵² No entanto, como no mundo real – e não em um planeta de “faz de conta” – os recursos são escassos e as necessidades e desejos, ilimitados⁵³, as opções disponíveis tendem a ser limitadas.⁵⁴

única opção a seguir, poderemos ter a alternativa de adotar ou não essa opção”. Em: MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 5. Nada obstante, “a maior parte das decisões (...) não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo – o tudo ou nada –, mas antes as de fazer mais ou menos de algo, de intensificar ou reduzir o número de unidades empregues em apoio de uma determinada decisão ou atividade”. É o que se chama, na Economia, de raciocínio marginalista. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 31-32.

⁵¹ Segundo Fernando Araújo, “a escassez não é um postulado da ciência econômica, não é algo que tenha forçosamente de ser pressuposto para que todo o edifício analítico da Economia possa fazer sentido. Bem pelo contrário, muitas serão as ocasiões em que é a própria análise econômica que determina a ausência de escassez, ou seja, o equilíbrio, ou mesmo a superabundância, dos meios face às necessidades que eles podem satisfazer – casos em que se dirá atingido um ponto de saciedade, para lá do qual não será racional prosseguir-se o esforço econômico”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 16.

⁵² Nesse sentido: “mesmo que, em abstrato, cada um de nós dispusesse de todos os meios adequados à satisfação completa de todas as suas necessidades, um meio continuaria sempre a ser escasso – o tempo –, a impedir a satisfação simultânea daquelas necessidades, já que o tempo empregue em cada uma não pode ser recobrado e reutilizado nas demais: o homem mais rico do mundo não pode comprar o seu tempo, e tem que agir nas mesmas 24 horas diárias a que todos estão limitados (embora lhe seja possível, como a qualquer pessoa, comprar tempo alheio, no sentido de se libertar de tarefas que lhe consomem tempo, cometendo-as a outrem)”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 17-18.

⁵³ Nisso consiste a ideia de que “as pessoas sempre querem mais”: suas necessidades e aspirações são ilimitadas – ou limitadas apenas pela própria finitude do ser humano.

⁵⁴ Como comentam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, as “decisões se impõem porque os recursos de que dispomos para manter nossa vida não são abundantes. No paraíso poderemos gastar sem limite porque sempre haverá bastante. No nosso mundo tudo é diferente. Nossa riqueza é limitada, e nosso tempo também. Não podemos estar em vários lugares ao mesmo tempo. Escolher

A escassez de recursos, a amplitude de necessidades e desejos e o que se tem de “abrir mão” em uma escolha – os *trade-off*⁵⁵ – são exatamente os objetos da Economia porquanto ciência que estuda o “eterno conflito entre recursos escassos e necessidades ilimitadas, o que significa compreender como os agentes (...) tomam decisões. A tomada de decisão envolve sempre troca. (...) A Economia lida com as trocas de uma condição por outra”.⁵⁶ Isto é, procura compreender a decisão e seus custos. Em resumo, as escolhas por uma opção, preterindo-se as demais, em razão da escassez de bens e recursos, são justamente as escolhas de que trata a Economia.⁵⁷ Na medida em que a análise econômica procura compreender o modo pelo qual os seres humanos efetivamente tomam decisões no mundo real de recursos escassos, oferece, em um enfoque zetético, uma via de diálogo para se pensar as questões propostas na perspectiva ontológica dos sujeitos.

As escolhas de que trata a Economia são as relativas à afetação de recursos escassos porque “se não fosse a escassez as escolhas seriam irrelevantes”.⁵⁸ Ademais, conforme já posto, um mundo de recursos infinitos não existe e, ainda que existisse, impor-se-ia a finitude dos seres humanos em si, cujas necessidades, mesmo consideradas as mais básicas, são inesgotáveis, pois sempre se renovam.⁵⁹

uma opção significa renunciar a uma outra”. Em: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. Trad.: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

⁵⁵ O que se abre mão em nome do que se escolheu é o que se convencionou chamar de *trade-off*.

⁵⁶ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 123. Acrescenta-se que a própria raiz etimológica da expressão “economia”, que se refere à “administração da casa”, indica – quer no âmbito geral da macroeconomia, voltada aos valores econômicos de uma sociedade ou grande grupo como um todo, quer no âmbito individual da microeconomia, voltada ao comportamento econômico particular, que se está na “presença de situações a reclamarem escolhas, seja no estabelecimento de prioridades quanto às necessidades a satisfazer (...), seja na distribuição de tarefas (...), seja na ponderação dos meios mais eficientes (...) à satisfação daquelas necessidades”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 15. No âmbito macroeconômico, por exemplo, faz-se necessária a decisão acerca da taxa de juros que implica na escolha entre – além de outros fatores – controle do câmbio e seu reflexo na inflação às custas da redução das exportações e seu reflexo na balança comercial. Em razão da delimitação do objeto de estudo desse trabalho – a decisão dos sujeitos autointeressados no que tange aos conflitos sociais e ao fenômeno processo civil – serão empregados, no mais das vezes, os instrumentos microeconômicos.

⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 17-18.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.16.

⁵⁹ Nesse sentido: “algumas necessidades básicas de sobrevivência – a alimentação, por exemplo – são efetivamente recorrentes, sendo que a sua plena satisfação num dado momento não impede o seu ressurgimento posterior, de forma periódica e cíclica, pelo que, vistas do presente, essas necessidades se afiguram como inesgotáveis, a reclamarem a administração judiciosa, ao longo do tempo, dos meios que possam saciá-las”. Ademais, salienta-se que “o progresso civilizacional faz com que o objetivo econômico mínimo deixe de ser o da mera sobrevivência física para passar a ser o de uma determinada qualidade de vida, uma certa condignidade pessoal, e isso aumenta por si só o

A saciedade de todas as necessidades que experimentamos é, portanto, impossível de ser atingida, pois “a procura potencial de meios que satisfazem necessidades excede sempre a oferta potencial desses meios porque inesgotáveis”.⁶⁰

Nessa linha, a análise econômica centra-se na racionalidade humana orientativa das escolhas relativas à afetação de recursos escassos. Na perspectiva econômica, o fato de que os agentes, ao fazerem escolhas, decidem por uma condição em detrimento de outra leva a que sejam feitas análises de custo-benefício: são ponderados os benefícios esperados e os custos da oportunidade, relativos as opções de que se abriu mão.⁶¹ Considerados os custos e benefícios, a racionalidade dita econômica dá-se em um duplo aspecto: orienta-se, simultaneamente, à otimização de meios e à maximização dos fins.⁶² Tem-se a síntese do modelo de escolha racional tomada por premissa na Economia. Indivíduos racionais orientam a alocação dos meios conforme os fins ditados por suas preferências⁶³, ou seja, conforme seus interesses. Tem-se a premissa do

número de prioridades na produção, visto que converte em necessidades primárias ou vitais necessidades que começaram por ser, em estádios mais primitivos da civilização, meras necessidades secundárias”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.16-17 e 25.

⁶⁰ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.16.

⁶¹ Nessa diretriz: “Uma escolha é racional na medida em que se centra numa comparação subjetiva, mas desapaixonada, de custos e benefícios implicados nas várias alternativas abertas à opção – podendo designar-se por utilidade ponderada o resultado dessa comparação (a ponderação, a ‘pesagem’, de ganhos e perdas)”. E, ainda: “O que há de peculiar na ideia de uma racionalidade econômica é (...) o fato de reportar-se ao conceito mais amplo de custo que é possível imaginar-se: o conceito de custo de oportunidade – sinteticamente, a mais valiosa das oportunidades que são preteridas quando se faz uma escolha –, conceito que abarca aquilo que deixa de ser possível fazer-se e obter-se para que possa alcançar-se aquilo por que se optou”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 28-29. Imperioso frisar, portanto, que o modelo de racionalidade econômica não tem correlação direta com egoísmo. Ou seja, a rigor, “racionalidade não é sinônimo de motivação egoísta. Na verdade, a racionalidade não está relacionada aos objetivos (...), sejam eles egoístas ou altruístas. Um indivíduo altruísta pode ser tão racional (ou irracional) quanto um indivíduo egoísta – e vice-versa – dado os seus objetivos. Isso porque a racionalidade aqui será entendida como a coerência entre os meios e os fins dos agentes. Racionalidade, portanto, tem a ver com os meios que os indivíduos empregam para alcançar seus fins e não com os fins em si mesmos”. Em: FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 21-22.

⁶² ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 19.

⁶³ Nesse sentido, tem-se que o ser humano, em suas escolhas, “tenta extrair o que, a seus olhos, pareça a melhor opção. As preferências, assim, são previamente dadas ou, no jargão econômico, fatores exógenos. Isso significa dizer que a preferência é um dado pressuposto. Para a satisfação dessas necessidades ditadas pela escolha do agente assume-se um modelo de escolha racional. Indivíduos racionais fazem o máximo que podem, sistemática e propositadamente, para atingir os seus objetivos diante das oportunidades disponíveis. Nesse modelo, a premissa principal é a de que os indivíduos exercem suas escolhas com base nas suas preferências. (...) As preferências individuais são racionais na medida em que, ao avaliarem as alternativas, atendem aos axiomas da completude e transitividade. O axioma da completude impõe que, em havendo duas alternativas (*ai* e *aii*), estas serão necessariamente comparáveis (e o resultado será ou a preferência por um, ou a

autointeresse. A análise econômica da decisão permite encarar, portanto, o “interesse próprio” de forma neutra, como corolário da racionalidade humana.⁶⁴

Lançar mão do modelo tradicional de racionalidade econômica, centrado no binômio custo-benefício, viabiliza, ainda, reflexão acerca de estruturas de incentivos a determinados comportamentos e à abstenção de outros. Se os sujeitos tomam decisões pautados em uma análise de custo-benefício, fatores capazes de alterar essa equação são, conseqüentemente, capazes de influenciar a decisão tomada.⁶⁵

preferência por outro, ou a indiferença). O axioma da transitividade impõe que se *ai* é preferível a *aii*, e *aii* é preferível a *aiii*, então *ai* é preferível a *aiii*”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 322-323.

⁶⁴ O “interesse próprio” pode ser entendido, na visão econômica, como consequência natural da racionalidade humana na seguinte lógica: o processo de tomada de decisão é racionalizado pelo agente, que realiza suas escolhas conforme suas preferências e as limitações que lhe são impostas. Ou seja, o indivíduo racional opta pela escolha que lhe pareça mais favorável. A noção de autointeresse corresponde, justamente, a escolhas pautadas pela busca do que é melhor para si. O indivíduo racional, é, portanto, autointeressado. Assim, para Fernando Araújo, o que há de peculiar na ideia de uma racionalidade econômica é não só o fato de se reportar ao conceito mais amplo de custo que é possível imaginar-se: o conceito de custo de oportunidade, como “o fato de não envolver qualquer tipo de apreciação valorativa sobre os objetivos de uma conduta”. Esclarece, ainda, que “o conceito de racionalidade se concentra (...) no plano dos meios e não da adoção dos fins, sendo geralmente enganador e inútil considerar-se racional ou irracional um objetivo da ação, se ele é efetivo a determinar condutas ou se ele é realmente um problema a suscitar respostas racionais. Por isso muita da apreciação que incide sobre a racionalidade se apresenta como valorativamente neutra”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 29 e 38. No mesmo sentido: “O que interessa para a Economia é a escolha em si, não o resultado da escolha, pouco importando, assim, se os fins escolhidos são nobres ou não, se houve preferência por bens materiais ou imateriais. A Economia, como ciência, é neutra quanto às preferências do agente”. E, ainda: “Assume-se a premissa de que, independentemente dos fins escolhidos pelo agente (bons ou maus, adequados ou inadequados), em se tratando de um ser humano a decisão seria sempre a busca da satisfação de suas próprias preferências e, em função disso, uma decisão racional”. ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 123 e 325.

⁶⁵ É nessa linha a explanação de Fernando Araújo acerca do impacto dos incentivos na decisão racional, pautada na comparação de custos e benefícios: “Se for possível interferir com a dimensão absoluta e relativa desses custos e benefícios, alterando-a, então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ela a sua conduta. E, pois, possível condicionar a conduta do agente econômico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir interferindo nos incentivos que são para ele o valor absoluto e relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir. Um dos objetivos pragmáticos da ciência econômica é o de, através da observação de variações nos custos marginais e nos benefícios marginais, chegar à previsão da evolução das escolhas e das condutas em resposta a modificações nos incentivos; no fundo, uma recondução que não deixa de parecer por vezes uma mera redução – dos padrões normais de conduta ao esquema analítico do estímulo-resposta”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 34. É nessa lógica que se pode afirmar que o processo de tomada de decisão é racionalizado pelo agente, que realiza suas escolhas não só conforme suas preferências como também segundo às limitações que lhe são impostas por estruturas de incentivos a determinados comportamentos e à abstenção de outros.

Pode-se dizer, assim, que a Economia é a ciência dos incentivos, entendidos estes como “mecanismos que alteram a estrutura de custos e benefícios”.⁶⁶

Em que pese o individualismo metodológico assumido pelo modelo de escolha racional⁶⁷, oportuno lembrar que a Economia é uma ciência social voltada à conduta humana nas suas interações coletivas.⁶⁸ A racionalidade econômica tem lugar, portanto, não só no que tange ao comportamento individual – relativo ao sujeito e seus problemas de tomada de decisão ante os conflitos intrapessoais que a escassez de recursos, a amplitude de suas necessidades e desejos e a sua própria finitude lhe impõem –, como também no que tange ao sujeito em suas relações interacionais. Leva-se em consideração que o sujeito, além de estar autointeressado em obter o maior benefício pelo menor custo possível, também está interagindo socialmente com outros sujeitos que, por sua vez, igualmente agem de modo autointeressado.

Nesse espectro, o pensamento econômico permite interpretar como os sujeitos livremente decidem ante a escassez de recursos e a infinidade de necessidades e desejos ditados por suas preferências. Mais do que isso, compreender como isso se dá em um contexto de interação com os demais indivíduos – aos quais se impõe a mesma realidade –, considerados, ainda, os contornos estabelecidos pelas estruturas de incentivos a determinados comportamentos e à abstenção de outros.⁶⁹ Cumpre destacar que, embora tais estruturas não se confundam com os comportamentos dos sujeitos em interação, ambos são complementares: aquelas estruturas existem visando a estimular comportamentos compatíveis com a coordenação dos (auto)interesses em

⁶⁶ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 126.

⁶⁷ O modelo de escolha racional assume um individualismo metodológico, em linhas gerais, na medida em que se volta à análise da ação individual para compreender a racionalidade das escolhas. ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 324.

⁶⁸ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 11.

⁶⁹ A racionalidade, assim, depende do contexto e é por ele afetada. MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 66.

interação, e essas interações se dão, justamente, conforme os contornos estruturais. Tal construção indica o cariz institucional e estratégico das decisões.⁷⁰

Imperioso destacar, ainda, que a racionalidade assumida pela Economia não remove as limitações inerentes ao ser humano, ingenuamente acreditando que somente à análise de custo-benefício, que faz em busca da melhor decisão em

⁷⁰ O cariz institucional das decisões é delimitado, justamente, pela Economia Institucional, a qual, partindo da concepção da Economia como ciência das escolhas, acrescenta ao paradigma predominante – segundo o qual as escolhas são guiadas pela racionalidade pautada no autointeresse e na maximização de utilidades –, a capacidade de influência das instituições, as quais, por sua vez, “representam, genericamente, as ‘regras do jogo’, e estabelecem um complexo de ações possíveis, que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõem o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação”. Em: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 127-134, 2016, p. 128. Já o aspecto estratégico das decisões pode ser explicado principalmente a partir do aporte da teoria dos jogos, porquanto método voltado à compreensão da tomada de decisões das pessoas quando estas interagem entre si, “sendo dois os seus principais objetivos: auxiliar no entendimento teórico do processo de decisão dos agentes que interagem, a partir de abstrações e pressupondo a racionalidade dos jogadores, e desenvolver nos agentes a capacidade de raciocinar estrategicamente”. Para a teoria dos jogos, a assunção do fato de que o indivíduo faz suas escolhas de forma racional implica na sua capacidade de optar pela estratégia mais eficiente considerado o seu objetivo; a noção de comportamento estratégico corresponde à consciência da interdependência das suas escolhas e as dos demais sujeitos racionais, ou seja, do fato de suas decisões afetarem as decisões dos demais e vice-versa. Decisão estratégica, portando, é aquela capaz de identificar o meio mais eficiente para o alcance de determinado objetivo, consideradas também as decisões e reações dos demais sujeitos. Em: BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-125, 2016, p. 117 e 119. O caráter institucional e estratégico das decisões permite observar, por um lado, as primeiras limitações à racionalidade econômica irrestrita – limitada pelas instituições e pela interação com os demais sujeitos racionais no âmbito de atuação institucionalmente determinado –, embora ainda não considere nenhuma limitação cognitiva do tomador de decisão; por outro, as aproximações entre Direito e Economia. Quanto à essa última observação, Thaís Goveia Pascoaloto Venturi esclarece, a partir dos ensinamentos de Fernando Araújo, que a interação entre Direito e Economia não é nova uma vez em que as duas ciências sociais sempre dialogaram, ainda que a ligação entre elas tenha sido negligenciada pelas pretensões autonomizantes do desenvolvimento das duas disciplinas, culminado no século XX como a marca da cisão. A partir desse marco a ciência econômica avançou de tal forma que acabou por se distanciar da realidade, o que motivou o surgimento do referido movimento Institucionalista, voltado à conceituação da Economia como a ciência das instituições, entendidas essas, em sentido amplo, como as balizas convencionais que estruturam as interações humanas. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, 2012, f. 98. Notória a consideração da ciência jurídica pela construção da Economia Institucional, entendido o direito como sistema normativo voltado à organização da sociedade e suas interações. Nessa linha, o próprio Fernando Araújo destaca que cabe ao direito responder a uma das perguntas básicas da decisão econômica, relativa ao elemento capaz de assegurar que as relações de interdependência econômica efetivamente ocorrerão conforme o combinado pelos sujeitos; segundo o autor, a esta questão “deve responder o direito, seja na sua dimensão de ordem jurídica de base estadual e internacional, seja na de princípio de organização convencional entre partes contratantes, que autorregulam a sua interdependência em termos de uniformidade e reciprocidade. (...) Dificilmente um mercado entregue a si mesmo, ou seja, desprovido de um enquadramento político e jurídico adequado, conseguirá responder eficientemente (... a esta questão)”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 28.

termos de otimização de meios e maximização de fins, não se impõe a sua própria finitude. Apenas se presume – visando ao fim pragmático relativo à previsão da evolução das escolhas e das condutas em resposta a modificações nos incentivos – que os indivíduos, mesmo sem necessariamente agir em conformidade real ao modelo de escolha racional, agem como se o fizessem.⁷¹ A assunção da racionalidade econômica não significa, portanto, que se imputa consciência e ponderação perfeitas aos agentes, “mas apenas abstração e subsunção de um fenômeno observado a categorias inteligíveis e universalmente válidas que transformem o conhecimento dos dados particulares em ciência”.⁷² Considerando-se, no entanto, que a adoção do enfoque zetético quantos aos sujeitos, permitindo a abertura da presente reflexão aos aportes da ciência econômica, tem o escopo de compreendê-los, justamente, na perspectiva da “vida como ela é”, imperioso também que se faça uma matização do axioma racional, afastando-o um pouco da construção tradicional abstrata.

É nesse sentido, inclusive, que Herbert Simon desenvolveu a ideia de racionalidade limitada. A teoria da decisão⁷³ proposta inicialmente por Simon, ao invés de adotar a premissa irrealista de que os indivíduos consideram todos os aspectos no momento de decidir, optou por pensar em um modelo de aproximação,

⁷¹ Nessa diretriz, esclarece-se que “o modelo de escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça maior satisfação”. Em: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. Trad.: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31. A partir do posto por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, Rafael de Abreu salienta que se trata da “chamada premissa do ‘as if’: para a Economia, os indivíduos agem ‘como se’ fossem racionais (ainda que não o sejam). A assunção do axioma da racionalidade não implica que os agentes necessariamente tomem decisões adequadas (racionais no sentido de positivas), mas tão somente que, dado o conjunto de circunstâncias, a alternativa esperada de ação é aquela que se baseia nessas premissas, tendo em vista a satisfação de um determinado fim”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 324-325.

⁷² ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 20.

⁷³ A teoria da decisão voltada à compreensão do comportamento humano e à estruturação de modelos de apoio, justamente, à decisão tem por marco Herbert Simon por ter sido ele quem propôs o rompimento com o raciocínio burocrático mecânico weberiano a partir da substituição do objeto de estudo da racionalidade: da “ação” para a “decisão”. Isso por considerar que a “ação” – categoria eleita por Max Weber – é necessariamente precedida pela “decisão”, entendida como escolha. Para Herbert Simon é a “decisão” a raiz do comportamento racional – limitado. MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 54. Para apoio quanto às questões aqui postas, ver: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5 ed. Trad.: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1974; e SIMON, Herbert A. **Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization**. New York: Macmillan, 1947.

que assume as limitações da racionalidade dos agentes.⁷⁴ O arquétipo de racionalidade limitada, portanto, engloba – e não abstrai –, diferentemente da compreensão econômica tradicional, a natureza humana dos agentes decisórios, as limitações de suas capacidades e, principalmente, que o “ser humano tem capacidade limitada de processar informação e é limitado pelo seu acesso a elas”.⁷⁵

⁷⁴ SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. In: **The Quarterly Journal of Economics**. Oxford University Press, v. 69, 1955. Na visão de Herbert Simon “o modelo de racionalidade ilimitada poderia ser, no máximo, uma aproximação crua e simplificada. O modelo utilizado como axioma pelos economistas não seria realista, na medida em que descreve decisões humanas sem considerar os problemas da ausência de informações necessárias para a tomada de decisão e da dificuldade de que o indivíduo considere adequadamente todas as informações disponíveis, dada a escassez do seu esforço cognitivo e de seu tempo”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018 f. 328. Destaca-se que Herbert Simon foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1978 em razão de suas pesquisas sobre a tomada de decisões no interior das organizações econômicas.

⁷⁵ MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 46. Na mesma direção: “A análise original da racionalidade limitada é atribuída a Herbert A. Simon (...), sendo definida como um comportamento intencionalmente racional, mas limitado nesse intento. Deve-se observar que não se trata apenas de limitação de informação, mas igualmente da incapacidade de processamento pelo ser humano de toda a informação disponível sobre determinado assunto. A mente humana é vista como um recurso escasso, já que o indivíduo não tem condições de buscar todas as informações possíveis sobre as decisões tomadas em seu dia a dia. Assim, as falhas de racionalidade, se não são causadas pela assimetria informacional, podem ser provocadas pelas características inatas aos seres humanos e que não se relacionam à razão”. Em: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 20-21. Foi justamente visando a contornar as dificuldades humanas relativas às informações que Herbert Simon elaborou algumas modificações na ideia de racionalidade, “que parecem corresponder aos processos comportamentais humanos na tomada de decisões. Dadas essas dificuldades, o agente pode criar um limite até o qual ele busca a informação e, uma vez alcançado esse limite, o resultado já seria razoável (mas potencialmente subótimo dada a ausência da completa informação). Esse é o conceito, posteriormente cunhado, de *satisficing*, entendido como a busca por um curso de ação ‘bom o suficiente’, substituindo a noção de maximização ou otimização”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018 f. 328. É possível argumentar, no entanto, que não deixa de ser compatível com o binômio custo-benefício se considerarmos que informação tem custos e que disso “podemos tirar o corolário de que é possível escolher-se um grau ótimo de informação muito aquém daquilo que poderia ter-se por um grau completo de informação, porque, ao menos em termos de tempo despendido, a informação completa poderá ter um custo desproporcionado às vantagens relativas que dela se derivam – as vantagens comparadas com aquelas que resultariam de um outro emprego do tempo”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 15. Oportuno mencionar que o questionamento da racionalidade ilimitada permitiu a constatação de uma série de atalhos decisórios utilizados pelos indivíduos quando da tomada de decisões, definidos como heurísticas. Com efeito, o signo “heurística” significa “conjunto de regras e métodos que conduzem à (...) resolução de problemas” – significado compatível com a ideia de que se tem um problema de tomada de decisão quando é preciso resolver qual das possibilidades disponíveis será escolhida ao preço das demais – e, mais do que isso, “metodologia (...) usada para resolver problemas por métodos que, embora não rigorosos, geralmente refletem o conhecimento humano e permitem obter uma solução satisfatória” – significado ajustado ao modelo de racionalidade limitada. Em: PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua**

Nessa ideia, tem-se em conta que os seres humanos raramente dispõem de todas as informações existentes acerca do conflito sobre o qual devem tomar uma decisão, impossibilitando que valorem corretamente todas as opções disponíveis. E ainda que toda a informação estivesse, de fato, ao alcance do agente, ele não teria nenhuma garantia de que está bem-informado. Além disso, compreende-se que os indivíduos podem considerar as informações de forma seletiva, ou até desconsiderá-las completamente.⁷⁶ Assume-se, assim, a premissa segundo a qual a busca por um resultado bom o suficiente já é o bastante para a construção de um modelo que, suprimindo a racionalidade global em nome de uma racionalidade compatível com o acesso à informação e as capacidades reais dos indivíduos – especialmente as cognitivas –, tem maior potencial de satisfazer adequadamente o intuito preditivo. Substitui-se a ideia original de resultados máximos pela noção de resultados satisfatórios. Em um espectro amplo, a proposta é a de uma teorização mais aderente à realidade comportamental.⁷⁷ A teoria das decisões, assim, porquanto

portuguesa. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1035. Referências no tema das heurísticas, Amos Tversky e Daniel Kahneman, a partir da constatação de que as pessoas reduzem a dificuldade da complexa tarefa de avaliar possibilidades mediante operações mentais simples, catalogaram os possíveis tipos de atalhos decisórios utilizados, salientando que, muitas vezes, esses atalhos – ou simplificações – induzem erros em razão dos enviesamentos ou vieses. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. In: **Science**, v. 185, 1974. A partir da teorização de Amos Tversky e Daniel Kahneman, Rafael de Abreu conclui que as heurísticas conformam uma ambiguidade: “ao mesmo tempo em que são úteis, por agilizarem o processo de tomada de decisão, reduzindo custos financeiros e temporais – podendo presumivelmente ajudar a tomada de decisão por indivíduos sem qualquer base probabilística –, fornecendo em muitos casos respostas úteis, de outro lado acabam levando a enviesamentos”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018 f. 332-333. O signo “enviesamento” pode ser entendido, de forma geral, como “má direção”. Em: PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 770.

⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. Trad.: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

⁷⁷ MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 54. E na mesma direção: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018 f. 329-330. Em síntese, o que se tem é que, ciente das limitações do sujeito, algumas vertentes da Economia criticam a noção de racionalidade pressuposta tradicionalmente e “reconhecem a impossibilidade de previsão de todos os comportamentos e a possibilidade de se esperar que previsivelmente o sujeito atuará irracionalmente em determinadas situações”. É nessa linha que se desenvolve a chamada Economia Comportamental, que tem em Herbert Simon seu principal marco teórico. Pode-se dizer que para Herbert Simon, “as teorias econômicas clássicas falham ao deixar de analisar os aspectos psicológicos que são peculiares (... ao comportamento de) cada sujeito”. Em: ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Klein, Vinicius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 75-83, 2016, p. 78-79. Indica-se que a partir do modelo de racionalidade limitada do sujeito e da distância entre a

pautada no modelo de racionalidade limitada, oferece mecanismos e ferramentas de suporte à tomada de decisão por meio de modelos que abrangem não só os fatores tradicionais como escassez, racionalidade e maximização, como também questões como incerteza e riscos, adequando-se melhor aos problemas decisórios que se colocam em contextos mais complexos.⁷⁸

Especialmente a partir do modelo de racionalidade limitada a Economia tem se conectado com outras ciências e novas visões vêm sendo dadas ao tema das decisões, incentivos e interações. As mais modernas são resultantes das contribuições da Psicologia, Sociologia, Antropologia e da gestão do conhecimento.⁷⁹ Admitem não só limitações à racionalidade como também ao – próprio – “interesse próprio”, considerando que os seres humanos frequentemente se importam, ou agem como se importassem, com os demais.⁸⁰ Assim, a abertura

teoria econômica e a prática do dia-a-dia, duas recentes obras tornaram-se *best-sellers*, difundindo as ideias da Economia Comportamental: “Freakonomics” e “Previsivelmente Irracional”. LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: a rogue economist explores the hidden side of everything. New York: Harper Collins, 2005; e ARIELY, Dan. **Predictably irrational**: the hidden forces that shape our decisions. New York: Harper Collins, 2008.

⁷⁸ A introdução do risco e da incerteza nos modelos de apoio à tomada de decisão trouxe uma nova gama de informações que permitiu o aperfeiçoamento do processo decisório aos novos problemas e questões do mundo globalizado. MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 34.

⁷⁹ MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 34.

⁸⁰ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 331. Frisa-se que admitir uma racionalidade limitada e, na mesma linha, limitação ao – próprio – “interesse próprio” não significa, de forma alguma, uma constatação evolutiva moral e/ou ética no sentido do egoísmo para o altruísmo. Conforme já posto, o autointeresse, na perspectiva econômica, também adotada por este trabalho, não significa egoísmo. Logo, não se pode afirmar que haja uma relação necessariamente antitética entre o autointeresse e o bem do outro e/ou entre o autointeresse e o bem comum. Pelo contrário, é possível vislumbrar o bem comum em certa harmonia com o interesse próprio. É essa certa harmonia que se percebe, por exemplo, nas relações de troca, conforme descritas por Fernando Araújo, no contexto do que denomina “a vantagem das trocas”. Segundo o autor, “a relação intersubjetiva que se estabelece entre os agentes econômicos pressupõe uma complementaridade de necessidades e uma contraposição objetiva de interesses: a nossa interdependência social depende em larga medida dessa circunstância de precisarmos uns dos outros. Mas isso não quer dizer que as nossas trocas assentem num pressuposto concorrencial ou mutuamente predatório, no sentido de procurarmos obter vantagens extorquindo-as aos nossos parceiros, por não haver outra forma de alcançar benefícios senão sonegando-os a eles, ou lhes causando prejuízos (...) não é esta a situação normal das trocas econômicas, as quais, sendo livres, só terão lugar se ambas as partes envolvidas puderem aperceber-se racionalmente da existência de vantagens recíprocas”. Esclarece, nesse espectro, que as trocas pressupõem que as partes envolvidas abram mão do ganho máximo que idealizaram, ou seja, implicam justamente uma certa restrição ao interesse próprio. Dessa forma, “ambas as partes ganham com a troca, havendo benefícios recíprocos que não se verificariam se a troca não tivesse tido lugar (...), tudo contribuindo para um resultado crescente, em que o total das transações vai fazendo aumentar a utilidade total, a utilidade combinada de ambas as partes, à medida que as

da Economia a novas perspectivas enriqueceu, por exemplo, as construções relativas aos incentivos. Com efeito, ao se aproximarem do ser humano concreto – com suas limitações e emoções⁸¹ – puderam verificar, dentre outras hipóteses, que, por vezes, motivações intrínsecas, ligadas aos arranjos sociais, são mais poderosas do que motivações instrumentais, organizadas em uma estrutura de incentivos eficiente porquanto voltada à equação custo-benefício.⁸² Nota-se, portanto, que enriqueceu também as construções relativas às interações entre os sujeitos autointeressados.⁸³

Frisa-se, no entanto, que as teorizações acerca da racionalidade foram enriquecidas, mas não abandonadas. A Economia continua centrada no ser humano racional que responde a incentivos quanto às decisões que toma em um contexto em que interage com os demais seres humanos racionais. Essa premissa, especialmente quando pondera limitações – temperamentos à abstração e perfeição do modelo de racionalidade tradicional –, é sempre um bom ponto de partida para as

trocadas se vão multiplicando”. Em síntese, tudo contribuindo para o bem comum. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 41-43.

⁸¹ Nesse sentido: “fatores psicológicos e emocionais – pressões afetivas, motivações, fatores de realização, expectativas pessoais e ambições – influenciam no processo de tomada de decisões. Muitos desses elementos são inconscientes, mas estruturam a percepção em um dado momento, influenciando a decisão. Sob condições diferentes, em outro ambiente ou sob outros tipos de pressões emocionais, as escolhas dos mesmos indivíduos podem transformar-se e suas ações serem diferentes”. Em: MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 64.

⁸² ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 128-130.

⁸³ Ilustram o enriquecimento mencionado – embora muito aquém de todos os exemplos que poderiam ser trazidos – a noção de “custo de transação”, central no âmbito da Nova Economia Institucional, e a delimitação de um “modelo de informação incompleta”, no âmbito da teoria dos jogos. Ambas as categorias partem da premissa de que os sujeitos não decidem – ou, no caso da teoria dos jogos, nem sempre decidem – com base em um conjunto informacional integral, quer em razão de suas limitações cognitivas, quer em razão dos custos de obtenção de informação. Explica-se, acerca dos “custos de transação”: “são compostos pelos custos de procura e de informação, de negociação e de decisão e, por fim, de fiscalização e de sanção no caso de comportamentos oportunistas”. Em: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. **Economia Institucional e Nova Economia Institucional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 127-134, 2016, p. 132. Ademais, acerca do “modelo de informação incompleta”, destaca-se a contribuição do economista húngaro John C. Harsanyi para a teoria dos jogos: “Harsanyi desenvolveu um modelo para tratar desse tipo de situação (de assimetria informacional entre os jogadores), ao qual denominou modelo de informação incompleta. (...) Antes da contribuição de Harsanyi, os economistas não dispunham de instrumental adequado para tratar da situação de interação estratégica em que a assimetria de informação produzia incerteza. Assim, na maior arte dos modelos, ou se supunha absoluta certeza, ou se supunha que havia uma distribuição de probabilidades objetivamente relacionada aos eventos possíveis, e que essa distribuição de probabilidades era do conhecimento de todos os agentes. A partir da contribuição de Harsanyi, os economistas se viram em condições de tratar formalmente situações de interação estratégica envolvendo assimetria de informação”. Em: FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 37.

ciências humanas, às quais certamente interessa as tomadas de decisão que fazem a vida fluir. O modelo econômico de comportamento humano é, portanto, essencial, pois permite uma previsibilidade – ainda que relativa – das decisões.⁸⁴ E isso importa à Economia e às demais ciências.⁸⁵

Em resumo, ainda que o ser humano não decida e aja sempre e exatamente conforme o esperado, com certeza podemos afirmar que, em grande parte das vezes, suas decisões são ao menos “quase-rationais”.⁸⁶ Isso, tratando-se – ou não – de decisões eminentemente econômicas, uma vez em que a racionalidade dita econômica não é, no sentido de todo o exposto, diferente daquela que se emprega “para um conjunto de outras decisões que, não sendo genuinamente dominadas pelas preocupações que se tomam por caracteristicamente econômicas, não são menos importantes do ponto de vista individual e social”.⁸⁷ Nessa diretriz, pode-se afirmar que a comunicação entre as ponderações econômicas e das demais áreas gera enriquecimento em uma via de mão dupla. Especialmente no que tange ao direito – fato social ou ciência –, a utilidade do modelo de racionalidade econômica é evidente: se ao direito interessa conformar comportamentos – e não

⁸⁴ Nesse sentido, Fernando Araújo afirma que “o postulado da racionalidade é igualmente decisivo para que possa acalantar-se a esperança de edificação de uma verdadeira ciência econômica, capaz de formular leis empíricas com algum grau de generalidade e de rigor indutivo: é que, se se admitir ao menos que essa racionalidade predomina no plano da resposta do agente econômico aos incentivos, mesmo que se admita que essa racionalidade não passa senão difusamente pela consciência do agente e que ela não determina senão respostas gradativas e adaptativas, em todo o caso a conduta deste tornar-se-á mais previsível, no sentido de que, dadas certas circunstâncias, a resposta adaptativa tenderá a uma certa invariabilidade, uma certa congruência intertemporal, sem surpresas nem sobressaltos – pelo que ao observador dessa conduta se tornará mais fácil, seja apercebe-lhes os traços essenciais, seja lhes prever as reações”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 38.

⁸⁵ Nessa medida, ressalta-se que “o tema ‘decisão’ foi abordado por todas as ciências do comportamento, mas todas, sem exceção, tomaram como base o ‘homem como animal racional’, composto de corpo, mente e razão”. Em: MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012, p. 65.

⁸⁶ Referência à obra THALER, Richard. **Quasi rational economics**. New York: Russel Sage Foundation, 1991.

⁸⁷ Fernando Araújo completa, esclarecendo que é isso que justifica “que essas decisões – que não são exclusivamente centradas naquilo que se possa tomar por subsumível no ‘cânone’ da problemática econômica – sejam observadas e avaliadas recorrendo à matriz analítica que é propiciada pelos desenvolvimentos da ciência econômica em torno do seu tema originário e central: decisões que, por exemplo, envolvam comparações de vantagens, de prioridades, de disponibilidades de tempo, em assuntos pessoais, familiares, sentimentais, estéticos, genericamente em todas as interações sociais e políticas que não tenham como objeto primordial e explícito a criação e a repartição de riqueza”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 19.

comportamentos – compreender a forma como os indivíduos decidem e determinam o curso de suas ações é essencial.⁸⁸

Tomando por base, então, o axioma econômico clássico temperado pelas contribuições da ciência comportamental⁸⁹, vislumbra-se um cenário em que os indivíduos livremente coordenam suas decisões individuais e coletivas em um ambiente de escassez e interdependência, temporal e dinâmica, construindo uma ordem espontânea e valorativa de colaboração.⁹⁰ A cooperação, assim, é elemento de qualquer contexto social. Não se pode ignorar, contudo, mormente quando se deseja uma reflexão conforme “a vida como ela é”, que também essa ordem colaborativa espontânea enfrenta suas crises. Caso contrário, não seria o conflito intersubjetivo um dos fenômenos sociais mais recorrentes. Cooperação e conflito

⁸⁸ Por essas razões, “quando a Economia analisa o direito, ela tenta fazer ressaltar a estrutura de incentivos que o direito põe em marcha, procurando sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta a esses incentivos – evidenciando os critérios de racionalidade do acatamento e da violação das normas”. O autor entende, assim, que “como estudo centrado na determinação e avaliação de escolhas racionais, a Economia tem muito a dizer sobre a modelação jurídica, na medida em que esta seja fruto ou objeto de escolhas sociais e se trate de prever os efeitos de regras jurídicas alternativas aplicadas às decisões individuais”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 34-35 e 19. É essa a percepção básica que estrutura a análise econômica do direito: “O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A Economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”. Em: GICO JR., Ivo T. **Introdução à análise econômica do direito** In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 17.

⁸⁹ Relativo, conforme o todo posto, à racionalidade ponderativa de custos e benefícios voltada à tomada de decisão pelo meio menos custoso de obtenção máxima do interesse visado, considerado o impacto institucional e estratégico das regras e da interação social e, ainda, as limitações da racionalidade humana.

⁹⁰ Nesse sentido, Fernando Araújo estabelece como objeto da Economia “o estudo das decisões individuais e coletivas tomadas em ambiente de escassez, colocando especial ênfase no grau de liberdade do agente – na medida em que sem um grau mínimo de liberdade não há genuínas escolhas – e na interdependência que se gera entre essas decisões – no duplo sentido de ligação intertemporal e congruência das escolhas de uma só pessoa, e de interação dinâmica das decisões no seio de um grupo”. Ainda segundo o autor, “procura determinar as razões pelas quais da interdependência de decisões livres emerge uma ordem espontânea, uma ordem não raro tão poderosa que dispensa uma supra-ordenação política (...), e emerge também um condicionamento valorativo – fazendo com que as pessoas colaborem independentemente da importância que atribuam à solidariedade, entrem em relações de interdependência por mais individualistas que sejam, e se enriqueçam mutuamente quando apenas procuram instrumentalizar os outros aos seus planos de enriquecimento pessoal”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 18.

são, portanto, “elementos de qualquer história em sociedade”.⁹¹ Dessa forma, uma das decisões que precisa ser tomada de maneira mais ou menos racional, de forma mais ou menos rotineira ou episódica, com maior ou menor impacto, é sobre o conflito social.

1.2 Estratégias para resolução dos conflitos sociais

A convivência social é o cenário em que cooperação e conflito coexistem como duas faces de uma mesma moeda.⁹² Nesse cenário, o conflito social, representativo de uma crise nas relações espontâneas de colaboração, pode manter – ou não – certo nível de cooperação.⁹³ Isso, pois, embora todo contexto competitivo envolva conflito, nem todo conflito implica competição, podendo implicar cooperação quando não se tem uma divergência de fins e sim de meios.⁹⁴ Tem-se um contexto conflitivo cooperativo quando os objetivos dos agentes, em que pese a divergência quanto aos meios de alcançá-los, estão interligados pela semelhança. Há uma

⁹¹ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2016, f. 35.

⁹² A analogia da moeda permite observar que a convivência social não só é o cenário em que cooperação e conflito coexistem, como também é o cenário formado por essa coexistência. Em outras palavras: assim como cara e coroa – que ao mesmo tempo em que têm sua “existência” na moeda, formam-na –, as relações de cooperação e as relações de conflito – bem como a coexistência tensional entre essas relações – são, ao mesmo tempo, determinadas pela convivência social e determinantes de tal convivência.

⁹³ São feitas distinções entre os signos “colaboração” e “cooperação” em diversas áreas. Cita-se, por exemplo, no âmbito da pedagogia voltada à socialização da inteligência, as diferenças estabelecidas entre “aprendizagem colaborativa” e “aprendizagem cooperativa”. Nesse sentido, por todos: PIAGET, Jean. **Estudos sociológicos**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1973; e PIAGET, Jean. **Sobre a pedagogia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998. Outro exemplo, proveniente da teoria geral da administração, é a diferença que se faz a partir dos sete níveis de consciência estabelecidos pelo Modelo Barrett – metodologia utilizada para classificar valores organizacionais – entre “colaboração” e “cooperação”, estabelecendo-se aquela como valor relacionado à dimensão da coesão externa e esta como valor relacionado à dimensão da coesão interna. BARRET, Richard. **A organização dirigida por valores**: liberando o potencial humano para a performance e a lucratividade. Trad.: Caio Brisolla e Roberto Ziemer. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. Não obstante, há que se considerar que as distinções não se dão em mesmo sentido nas diversas áreas e que, na linguagem comum, a proximidade dos conceitos e o possível intercâmbio de seus conteúdos é inquestionável. Ver definições em: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 494 e 545. No âmbito da doutrina jurídica, a distinção também não é feita. Nessa senda, a distinção em questão não será feita neste texto. Oportuno mencionar, por fim, que no Modelo Barrett “colaboração” e “cooperação” são valores vinculados ao bem comum, sendo o bem comum contraposto do interesse próprio. Não obstante, é possível compreender, conforme já posto, o bem comum em certa harmonia com o interesse próprio e não como a sua antítese.

⁹⁴ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

interdependência, de modo que ao resultado positivo de um equivale o resultado positivo do outro. O conflito competitivo, por sua vez, corresponde à situação em que os envolvidos têm fins complementemente opostos. Há, assim, uma interdependência inversa, na medida em que estão vinculados por uma correlação negativa no alcance de seus objetivos.⁹⁵

Os conflitos sociais – de contexto competitivo ou de contexto cooperativo – podem ser administrados pelos envolvidos de forma construtiva ou destrutiva. De um lado, tem-se um procedimento destrutivo quando os participantes se sentem insatisfeitos com o desfecho e têm a sensação de “derrota” com o resultado. De outro, tem-se um procedimento construtivo quando todos ficam satisfeitos com os seus efeitos e sentem que “ganharam”.⁹⁶ É nesse viés que uma visão sociopsicológica permite sustentar a necessidade de se gerir o conflito com o fito de, dentro do possível, evitar que seja destrutivo. É preciso atentar, porém, que raramente as situações cotidianas se encaixam em um ou outro modelo. De modo geral, englobam um conjunto complexo de fatores, comportando uma mistura de métodos, satisfações e insatisfações. O escopo não deixa de ser, ao invés de eliminar ou prevenir o conflito, fazê-lo ser produtivo.

Nesse intuito, a organização social estabelece mecanismos de limitação, controle e regulamentação que influem no procedimento por meio da qual os sujeitos conduzem os conflitos sociais em que se envolvem.⁹⁷ Tais mecanismos correspondem às convenções e normas sociais que delimitam as ações possíveis. Pode-se dizer, portanto, que em uma visão sociopsicológica as instituições, informais ou formalizadas – tal como definidas a partir da ciência econômica –, têm a função de regulamentar os métodos pelos quais os sujeitos autointeressados lidam com os seus conflitos. A importância de um sistema institucionalizado de gestão dos

⁹⁵ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

⁹⁶ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

⁹⁷ Morton Deutsch indica como exemplos de mecanismos de regulamentação do conflito social as formas institucionais, como o acordo coletivo e o sistema judicial; os papéis sociais, como os dos mediadores, conciliadores, árbitros, juízes e policiais; as normas sociais, como as noções de imparcialidade, justiça, igualdade e não-violência; as regras para conduzir negociações, como as relativas às formas adequadas de apresentação de demandas; e procedimentos específicos a serem usados em cada caso, como o procedimento das sessões públicas, em contraposição ao procedimento das sessões privadas. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 349-400.

conflitos – qualquer que seja – diz respeito, assim, à regulamentação da força e à depuração das relações de poder.⁹⁸

Vislumbra-se, então, um amplo espectro de possibilidades de composição dos conflitos sociais, mais – ou menos – regulamentadas, que se darão conforme o contexto em que inseridos os envolvidos e a relação de interdependência mútua que estabelecem entre si. Ou seja, conforme o cariz institucional e estratégico das suas decisões. Considerado o ambiente delimitado pelo sistema jurídico – já que sempre presente em algum grau – pode-se apontar como possibilidades de gestão do conflito social a autotutela, a autocomposição – ou abdicção – unilateral, a autocomposição bilateral mediante negociação, a autocomposição bilateral facilitada (conciliação ou mediação) e a heterocomposição (arbitragem ou processo civil).⁹⁹

A Justiça Civil brasileira contemporânea reconhece essas múltiplas formas de abordagem e, no mesmo sentido proposto pela visão sociopsicológica exposta, busca estimular procedimentos construtivos. Com esse desiderato, o Código de Processo Civil estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, que deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.¹⁰⁰ A preponderância do princípio consensual na Justiça Civil brasileira mostra-se concatenada, ainda, com a releitura da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional que vem sendo feita em sentido ampliativo dos meios de acesso no mundo todo. Trata-se do que Mauro

⁹⁸ Morton Deutsch simboliza a regulamentação da força e a depuração das relações de poder a partir da ideia de código de um duelo de honra. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 349-400.

⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 73. Imperioso frisar que as hipóteses de autotutela possíveis no sistema jurídico são bastante restritas. Sobre o assunto, ver: texto referenciado, p. 18-25. Nada impede, no entanto, que a autotutela se dê em desacordo com o direito nos casos em que, ponderado o custo-benefício, assim opte o sujeito, assumindo as consequências jurídicas cabíveis, ou nos casos em que inviabilizada a decisão minimamente racional por questões psicoemocionais. Efetivamente, há que se considerar que se as escolhas – ou reações – individuais fossem sempre feitas conforme o direito, não haveriam ilícitos de qualquer natureza.

¹⁰⁰ Art. 3º, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, respectivamente: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Destacam-se, na mesma direção, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Cappelletti e Bryant Garth denominaram de terceira onda renovatória de universalização do acesso, a qual se alinha à noção de uma justiça “multiportas”.¹⁰¹

Uma justiça “multiportas”, além de oferecer meios extrajudiciais – “extra” não só no sentido de exterior ao Poder Judiciário como também no sentido de vias “a mais”, que se somam à jurisdicionalização da controvérsia –, preocupa-se com a disponibilização de abordagens adequadas à pacificação efetiva do conflito real.¹⁰²

¹⁰¹ No contexto do Estado Constitucional, ordem vigente que se destaca pela previsão de um amplo rol de direitos individuais, coletivos e transindividuais, a questão do acesso à justiça torna-se central. Afinal, de nada adianta a previsão em abstrato de um amplo rol de direitos sem a garantia de efetivo acesso. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth asseveram que o “direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado, como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar todos os direitos”. Em: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 5. A partir dessa premissa, coordenaram mobilização de estudiosos de inúmeros países voltada ao estudo da temática, nos anos de 1973 a 1978, no âmbito do projeto denominado “Florença”. A pesquisa resultou na obra “Access to justice: the world wide movement to make rights effective – a general report” publicada em Milão no ano de 1978 e traduzida no Brasil conforme obra referenciada. Na obra em tela faz-se um diagnóstico das barreiras que se colocam ao acesso à justiça, seguido por reflexão sobre soluções práticas para os problemas levantados, representadas pelo que se chamou de “três ondas renovatórias de universalização do acesso”. A primeira onda se centra na noção de assistência judiciária, a segunda se volta à representação jurídica de interesses difusos e a terceira tem pôr foco, justamente, a ampliação dos meios de acesso. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o enfoque da terceira onda “encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera da representação judicial”. Em: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 71. Tal construção certamente se conecta ao movimento estadunidense de busca por soluções alternativas – à jurisdicional – para a abordagem de conflitos, ocorrido no fim da década de 1970. Destaca-se nesse contexto a “Conferência Pound”, encontro de juristas ocorrido no ano de 1976, que teve por fito refletir sobre a problemática da insatisfação social com o sistema tradicional de distribuição estatal de justiça; ou seja, com o modelo adjudicatório do processo civil levado à sentença. Emerge a ideia de um *multi-door courthouse system* em que ganham destaque, então, os meios alternativos de solução de conflito, como a arbitragem e a mediação, representados pela sigla ADR – *alternative dispute resolution*. É nesse panorama que se sustenta releitura da garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional que não desconsidere outras formas produtivas de compor as partes em conflito. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 146 e 2. A abordagem heterocompositiva ofertada pela via extrajudicial – arbitragem – não será objeto específico de reflexão.

¹⁰² Na linha do que vem sendo posto, verifica-se que o direito de acesso à justiça recebe uma perspectiva substancial. Não basta que se tenha acesso formal à justiça: é imprescindível que tal acesso permita o alcance do direito material almejado. O presente trabalho adota, assim, premissa segundo a qual acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Dessa forma, o objetivo precípua de se refletir acerca de outras formas de composição de conflitos – para além da heterocompositiva jurisdicional levada à sentença – não é solucionar o problema de um Judiciário abarrotado, substituindo sua atuação: o escopo é levar em consideração métodos variados – incluindo-se a solução adjudicada de conflitos – que “podem e devem interagir,

Pode-se afirmar, nessa diretriz, que a noção de justiça orientada preponderantemente pelo princípio consensual tem o ideal de pacificação social como essência e não somente como consequência. O que se pretende, portanto, é “transformar” o conflito por meio de um procedimento pacífico de abordagem.¹⁰³

eficientemente, para proporcionar ao indivíduo múltiplas possibilidades de abordagem eficiente das controvérsias”. Nesse sentido, Fernanda Tartuce continua: “A apropriada razão para a adoção de uma ou outra forma de composição de controvérsias deve ser sua aptidão para gerar resultados proveitosos para as pessoas envolvidas em conflitos. (...) Em certos litígios, a definição da situação conflituosa por uma sentença de mérito pode não ser a via mais apropriada para gerar os resultados esperados. Se a relação jurídica tiver índole continuativa (como é o caso das relações familiares e entre vizinhos), tratar um episódio controvertido por meio de uma demanda judicial pode ocasionar rupturas ainda maiores entre os envolvidos”. Em: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 68 e 1. Com essas considerações, tem-se mais uma premissa adotada: as composições não jurisdicionais de conflitos – em especial as consensuais – não constituem “alternativa” ao Poder Judiciário abarrotado e sim uma forma adequada de abordar conflitos, oferecendo-se ao cidadão, ao lado da opção pela via jurisdicional, outras oportunidades de acessarem a ordem jurídica justa. Pode-se dizer, nesta linha, que a falta de celeridade do Judiciário não é a causa para a adoção de métodos de composição consensual de conflitos. Pelo contrário, a redução da carga sobre o Poder Judiciário e o consequente avanço no quesito da celeridade da prestação jurisdicional possivelmente são consequências positivas da adoção desses outros métodos. Esta parece ser a lógica adotada pelo Código de Processo Civil, conforme comentam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A necessidade de adequação da tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária. O CPC reconhece que, muitas vezes, a forma adequada para a solução do litígio pode não ser a jurisdicional. E por isso que o seu art. 3º reconhece a arbitragem (§1º) e declara que é dever do Estado promover e estimular a solução consensual dos litígios (§§ 2º e 3º). Nessa linha, o Código corretamente não alude à arbitragem, à conciliação e à mediação e a outros métodos como meios alternativos, mas simplesmente como métodos de solução consensual de conflitos. Embora tenham nascido como meios alternativos de solução de litígios (*alternative dispute resolution*), o certo é que o paulatino reconhecimento desses métodos como os meios mais idôneos em determinadas situações (como, por exemplo, a mediação para conflitos familiares, cuja maior idoneidade é reconhecida pelo próprio legislador, no art. 694, CPC) fez com que se reconhecesse a necessidade de alteração da terminologia para frisar semelhante contingência. Em outras palavras: de métodos alternativos passaram a métodos adequados, sendo daí oriunda a ideia de que o sistema encarregado de distribuir justiça não constitui um sistema que comporta apenas uma porta, contando sim com várias portas (*multi-door dispute resolution*), cada qual apropriada para um determinado tipo de litígio”. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 158.

¹⁰³ Usa-se o termo “transformar” em referência ao modelo de mediação waratiana. O modelo de mediação transformadora, proposto por Luis Alberto Warat, corresponde a “uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo”. Em: WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 5. Ademais, esclarece-se que um procedimento pacífico de abordagem é aquele que se dá de forma eminentemente cooperativa. Nessa medida que se diz que a pacificação é pressuposta, ou seja, antecedente: o ideal de pacificação social é não só o objetivo que se pretende alcançar com a estabilização do conflito. É, também o vetor que permeia todo o procedimento de abordagem da controvérsia. O que se almeja é, por meio de um procedimento pacífico, obter pacificação. O ideal de pacificação social é, portanto, antecedente e, naturalmente, consequente. Ademais, possivelmente mais apto a pacificar o “conflito real” – ou sociológico – e não somente estabilizar o “conflito processado” – ou jurídico. Nessa diretriz, Roberto Bacellar reflete que “para a resolução de um conflito, algumas vezes é indispensável trazer à tona todos os aspectos que o envolvem,

Procedimentos pacíficos de abordagem, em que o ideal de pacificação social é também antecedente – e não somente consequente –, orientados pela busca de consenso, têm certamente maior aptidão para satisfazer todos os envolvidos no conflito, ou seja, têm maior probabilidade de resultados construtivos.¹⁰⁴ É nessa medida que a regulamentação propiciada por uma Justiça Civil marcada pela prevalência do princípio consensual se mostra concatenada com a visão sociopsicológica exposta e sua proposta de estímulo a procedimentos construtivos de gestão do conflito social, voltados a torná-lo produtivo.

independentemente da observância restrita das informações e dos dados deduzidos na petição inicial e na contestação. Só as técnicas de um modelo consensual como as da mediação possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada do ‘conflito processado’ e ‘do conflito real’. Portanto, com a mediação, haverá o conhecimento global da causa, a resolução integral do conflito, preservado o relacionamento entre os litigantes”. Em: BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, p. 122-134, 1999, p. 129.

¹⁰⁴ Segundo Morton Deutsch, em regra, situações de conflito envolvem uma mistura de interesses cooperativos e competitivos. De fato, conforme já posto, raramente as situações cotidianas se encaixam em modelos ideais puros. A dominância da cooperação ou da competição, no entanto, será manifestada não somente nos resultados do conflito como também no modo de se lidar com ele. Conforme as teorizações do autor, aspectos das abordagens competitiva e cooperativa sugerem que tendem a ser autoconfirmativas, de forma que a experiência de cooperação irá induzir a um espiral benigno de aumento cooperativo, enquanto a competição induzirá a um espiral de intensificação competitiva. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32. Tal construção – sociopsicológica – sustenta o movimento jurídico em prol dos meios consensuais de composição dos conflitos sociais. Efetivamente, há que se considerar que uma justiça coexistencial – conciliatória ou consensual –, pautada pela obtenção de um consenso genuíno, em que a abordagem da questão controversa se dá por meio de um procedimento pacífico, eminentemente cooperativo, tem maior probabilidade de tomar rumos construtivos, ou seja, atingir resultados satisfativos em maior grau para as partes envolvidas. Nessa senda, Fernanda Tartuce destaca que abordagens consensuais devem ser marcadas por um diálogo proveitoso entre os envolvidos no conflito, voltado a construções cooperativas em que os participantes atuem de forma positiva, buscando maneiras para aumentar suas chances de alcançar seus objetivos que aumentem, também, as chances do outro se ver satisfeito. No âmbito da justiça consensual, portanto, a cooperação deve ser a tônica na atuação dos envolvidos entre si e entre esses e eventual facilitador. Dessa forma, a probabilidade de encaminhamento do conflito a consequências produtivas é maior. Nada obstante, há que se frisar que o “sucesso” de tal forma de abordagem dos conflitos sociais está vinculado à efetiva satisfação dos sujeitos autointeressados envolvidos e não simplesmente à obtenção de acordo. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 205-207. É nesse espectro que se afirma que o consenso deve ser genuíno; afinal, não se pode ceder ao cenário criticado por Owen Fiss, para quem o consenso é obtido, irremediavelmente, por meio de coerção. Ver: FISS, Owen. *Against settlement*. In: RISKIN, Leonardo L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. 2 ed. Saint Paul: West Group, 2004. Nesse cenário, de “pseudoautocomposição”, não se pode falar em justiça coexistencial. De fato, nas situações em que a autocomposição se degenera em excessiva e inoportuna preocupação com eliminar o conflito, não se pode “conseguir a paz justa entre as partes”. Em: CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil** (2). São Paulo: Classic, 2000, p. 70. A rigor, sequer se pode falar em justiça, na medida em que nem se obteve a efetiva satisfação de todas as partes envolvidas, nem se legitimou – no sentido em que ainda se verá – eventual coerção de um das partes em determinar direção por meio de um processo justo orientado à efetiva tutela dos direitos.

Ocorre, contudo, que abordagens regulamentadas, especialmente por meios consensuais, exigem condições básicas para o seu estabelecimento e condições que garantam que serão efetivamente seguidas pelos envolvidos. Em relação aos pré-requisitos essenciais à regulamentação, pode-se destacar a necessidade de os sujeitos em conflito serem minimamente coerentes e estáveis, uma vez em que indivíduos impulsivos ou incontroláveis, possivelmente, não seguirão os limites de atuação estabelecidos. É essencial, ainda, que os envolvidos reconheçam a legitimidade do outro e se comprometam a aceitar o resultado do conflito regulamentado, mesmo que desfavorável aos seus interesses. Além disso, uma série de outras questões relativas às condições de cada um dos sujeitos autointeressados são importantes para que haja efetiva adesão às regras.¹⁰⁵

Embora o cenário básico necessário se dê de forma mais fácil quando há um terceiro interveniente, ainda assim é possível que a abordagem regulamentada do conflito não seja aceita por todos os envolvidos. Afinal, a determinado sujeito autointeressado pode não ser oportuna, pois tal sujeito possui enormes chances de impor suas preferências em razão, por exemplo, de relações em desequilíbrio de poder. E é nesse ponto que a tutela jurisdicional é de extrema relevância.¹⁰⁶

¹⁰⁵ De maneira figurativa, Morton Deutsch estabelece que é necessário considerar quais as condições necessárias para que adversários optem por um duelo de honra em vez de tentar matar um ao outro sem observar quaisquer regras; em quais situações um duelista preferiria morrer em vez de trapacear; e sob quais condições os duelistas usariam as regras para tentar matar um ao outro, comparadas estas com as condições em que usariam as mesmas regras para restabelecer a honra e a estima mútua. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 349-400.

¹⁰⁶ Pode-se dizer, nesse ponto, que a relevância do fenômeno processual civil espelha a relevância do direito como um todo, assim sintetizada por Rafael de Abreu, especialmente a partir das teorizações de Joseph Raz: “A convivência em sociedade impõe desafios para que se evite entrechoques entre os sujeitos em função das necessidades ilimitadas e dos recursos escassos. É certo que o cálculo econômico é atividade indissociável da ação humana. Em situações de interação, como é o caso da vida em sociedade, diferentes interesses podem levar à conflitos de coordenação. Nessa medida, para que haja uma estrutura social coordenada, que consiga resolver os conflitos potenciais ou reais entre os indivíduos com diferentes interesses, faz-se necessária a ordem jurídica. Independentemente do fato de que em muitos casos a obediência aos comportamentos esperados pode derivar de motivações sociais ou morais, o direito faz-se necessário como um meio de garantir que esses comportamentos sejam coordenados. Em outras palavras, é necessário um arranjo geral que coordene comportamentos ligados aos aspectos interacionais da vida social. O direito pode ser concebido, assim, como uma ordem social de coordenação de comportamentos, que busca satisfazer ao máximo as necessidades dos indivíduos com o menor sacrifício aos demais. A ordem jurídica, como ordem social, regula positivamente o comportamento dos indivíduos quando estes se relacionam, direta ou indiretamente, com outros indivíduos. (...) o direito exerce ao menos quatro funções primárias. Em primeiro lugar, previne comportamentos indesejados e assegura comportamentos desejados. Em segundo lugar, provê instrumentos para a formulação de arranjos privados entre indivíduos. Em terceiro lugar, estrutura a provisão de serviços e a redistribuição de bens. Em quarto lugar, estrutura meios para resolver conflitos de coordenação entre sujeitos. Para desempenhar essa tarefa de coordenação, provisão e regulação comportamental, faz-se uso de uma

Com efeito, a abordagem institucionalizada oferecida pelo Justiça Civil por meio do fenômeno processual civil é o único instrumento capaz de se impor àqueles que não desejam ter sua força regulamentada ou sua relação de poder apurada.¹⁰⁷

série de instrumentos como, por exemplo, sanções e prêmios, que são delimitadas na forma de normas jurídicas”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018 f. 110-111. Ver: RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. Fernando Araújo, por sua vez, coloca a questão em termos ponderativos entre o princípio – econômico – da eficiência e o princípio – jurídico – da justiça: “A escassez é igualmente condicionante de conflitos de fundo, como aquele que se registra entre os valores da eficiência e da justiça: é que a prioridade da eficiência significa que o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios (genericamente, eficiência é a afetação de recursos aos seus empregos com o maior valor relativo); e essa prioridade implica orientações políticas muito diversas daquelas que seriam ditadas por uma primazia conferida à justiça, na qual o que conta é primordialmente a forma como o rendimento é repartido, a forma como a igualdade é verificada nas comparações intersubjetivas de resultados distributivos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é missão da eficiência”. Em que pese frisar que não se pode exagerar na contraposição que se faz entre eficiência e justiça, uma vez em que, na opinião do autor, deve-se dar “ao valor da eficiência um alcance mais amplo do que aquele que muitas vezes lhe é atribuído (...), pois) a distribuição justa de um resultado ineficiente pode ser uma situação que não satisfaz ninguém”; reconhece que não se pode ignorar “o fato do funcionamento do mercado também vir acompanhado das suas próprias, ineficiências e injustiças – a detecção das quais poderá justificar a intervenção do Estado”. É nesse viés que afirma que “a principal razão justificativa de uma intervenção pública nos mercados deriva (...) de considerações de justiça (social)”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 23 e 49. Nota-se, portanto, que se à ordem econômica cumpre delimitar relações de colaboração, notadamente por meio das trocas pautadas na eficiência, ao sistema jurídico cabe – por meio das tutelas legislativa e administrativa – assegurar que essas relações sejam justas, evitando que de espontâneas passem a “injustamente” impostas. Não obstante, nos casos em que a autorregulação do mercado e nem mesmo a regulação fornecida pelo direito no plano material, mostram-se suficientes para evitar crises de cooperação e/ou justiça, resta ao indivíduo socorrer-se da tutela jurisdicional. Frisa-se, aqui, que é possível afirmar que nem toda crise de cooperação corresponde a uma crise de justiça, equivalendo somente à certa insatisfação. Efetivamente, se todas as crises levadas ao Judiciário efetivassem correspondessem a situações de injustiça, não haveria indeferimentos. Nada obstante, é possível alegar que toda crise de cooperação levada ao Judiciário é uma crise de justiça na medida em que se buscou a tutela jurisdicional exatamente porque não se acordou sobre a forma adequada de compor a controvérsia, ou seja, não se entrou em consenso sobre qual seria a solução mais justa do ponto de vista de cada uma das partes, ressalvados casos de pura má-fé. E “quando se afirma a não coincidência, entre os sujeitos, acerca da solução mais justa para um problema (...), procura-se realçar que, por trás da pretensão e da ação, residem aspectos morais que estão a merecer tratamento. E por aspectos morais designam-se não apenas aqueles que sejam reconhecidos e validados pelo sistema jurídico, como também aqueles que porventura o transgridam. Moralidade, nesse sentido, não é sinônimo de juridicidade nem de legalidade”. Em: FREITAS JR., Antonio Rodrigues. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. In: **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 123, p. 11-18, 2014, p. 17. Ou seja, nem tudo que se considera injusto do ponto de vista moral de cada sujeito é efetivamente injusto do ponto de vista jurídico. É nessa linha que se pode afirmar que à tutela jurisdicional se colocam as crises de cooperação “e/ou” justiça.

¹⁰⁷ Isso, pois, a tutela jurisdicional é a única apta a se impor e, ainda, impor uma decisão, quando levada à sentença. Ou seja, somente o Poder Judiciário pode ofertar – aos casos concretos – decisões inevitáveis, definitivas e imperativas. A inevitabilidade se revela na impossibilidade de os sujeitos deixarem de se sujeitar a esse poder; vincula-se, certamente, à já mencionada inafastabilidade. O caráter definitivo da decisão jurisdicional, por sua vez, está relacionado à sua imutabilidade. Cândido Rangel Dinamarco nomeia essa característica de “imutabilidade” das decisões, pontuando que garante a estabilidade dos resultados. O grau máximo de estabilidade, segundo o

A tutela jurisdicional se destaca, inclusive, por remover o poder da base real que determinaria o resultado do conflito.¹⁰⁸ Questões para as quais os sujeitos não puderam ou, pautados pela lógica institucional-estratégica das decisões – limitadamente – racionais, não quiseram ou não conseguiram dar respostas, acabam por tomar o rumo da via regulamentada de abordagem institucionalizada na forma jurisdicional.¹⁰⁹ Nesse contexto, estabelece-se o processo civil como fenômeno decisório de ao menos um dos sujeitos autointeressados que optaram por dar-lhe início.

autor, é a chamada coisa julgada material. Já a imperatividade da decisão está relacionada à própria supremacia do poder estatal, que torna possível ao estado-juiz impor suas decisões, fazendo com que sejam efetivamente cumpridas. Ou seja, tem o poder de, justamente, impor o resultado desfavorável do processo à determinada parte ainda que sem a sua aceitação. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 107-115.

¹⁰⁸ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 349-400. É essa, inclusive, a principal vantagem indicada pela dogmática processual civil acerca da composição de conflitos sociais por meio da prestação jurisdicional estatal. Nesse sentido, cita-se, por todos, Owen Fiss, para quem, em um conflito social, os envolvidos, muitas vezes, estão em situações de grande desigualdade que pode ser mais bem trabalhada pelo estado-juiz, garantidor da justiça e, porquanto, da isonomia entre as partes. FISS, Owen. Against settlement. In: RISKIN, Leonardo L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. 2 ed. Saint Paul: West Group, 2004, p. 20.

¹⁰⁹ Com efeito, há que se considerar que na “vida como ela é” as partes não procuram a tutela jurisdicional somente quando estão em situações de grande desigualdade. Há que se considerar que também procuram o Poder Judiciário quando não podem solucionar determinada questão por lhes ser vedada, pelo sistema jurídico, a abordagem privada como, por exemplo, nos casos que envolvem direitos indisponíveis. Para uma visão contemporânea da indisponibilidade, ver: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-428, 2016. Ademais, na realidade, mesmo no que tange a questões que os sujeitos autointeressados podem compor na esfera privada, é possível que, pautados pela lógica institucional-estratégica das suas decisões – limitadamente – racionais, não queiram ou não consigam chegar a uma solução consensual e acabem recorrendo à – sempre disponível – via jurisdicional. Na cultura contemporânea vigente no cenário pátrio é essa, inclusive, a via ainda preponderante na prática – em que pese a preponderância deontológica dos meios autocompositivos: “Com a criação do Estado, a sociedade passou a desenvolver formas de solução de conflito cada vez mais sofisticadas, sendo a autocomposição a mais simples e benéfica, porém, de utilização nem sempre eficaz, dada a característica conflituosa e intolerante do espírito humano. Assim, a solução das lides é massivamente realizada pelo Estado-juiz, que as resolve utilizando-se de procedimentos legais.” Em: CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 425-444, 2015, p. 426. É nesse contexto que Kazuo Watanabe verifica uma “cultura da sentença”. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pode-se dizer, nessa perspectiva, que se tem, por um lado, conflitos transacionáveis, os quais podem ser abordados por meio da autotutela, da autocomposição unilateral ou bilateral ou, ainda que transacionáveis, por meio da heterocomposição via extrajudicial (arbitragem) ou via estatal (sentença); e, por outro, conflitos impossíveis na via suasória, os quais podem ser geridos por renúncia de uma das partes no plano material ou por meio da jurisdicalização, qual poderá resultar, por sua vez, em confissão, desistência, reconhecimento jurídico do pedido ou sentença. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 73.

Imperioso destacar que embora seja preferível que as formas de regulamentação do conflito o organize de forma preferencialmente cooperativa – e não competitiva – a idiossincrasia da forma processual civil atribui-lhe um cariz eminentemente competitivo, na medida em que os resultados almejados são notoriamente distintos.¹¹⁰ Isso não significa, no entanto, que se desenvolverá de forma necessariamente destrutiva, sendo desejável que alcance resultados construtivos e/ou satisfativos, na medida do possível. Com efeito, conforme elaborado por Morton Deutsch, ainda que conflitos de contexto eminentemente competitivo tendam a consequências destrutivas, não se pode estabelecer que a competição é inevitavelmente não satisfativa para ambos os lados.¹¹¹ Efetivamente, na lógica “perde-ganha” do processo civil, é possível que a derrota de uma parte seja satisfativa da outra.¹¹² Ademais, é cogitável que a derrota processual relativa a

¹¹⁰ Nesse sentido, tem-se que “o desenvolvimento tradicional do processo se verifica segundo um modelo contencioso (...), caracterizado pela oposição de interesses entre indivíduos iguais em direito e pela atuação de um terceiro, encarregado de declarar a quem pertence o direito de forma impositiva; tal caráter litigioso caracteriza o modelo tradicional da jurisdição estatal. O tratamento dos conflitos pela via jurisdicional é pautado pela disputa acirrada, na qual as controvérsias hão de ser, no final, definidas no sistema de vencedores e vencidos; a característica da (... competitividade) é gerar um sistema ‘ganha-perde’, em que a resposta final será, em regra, adjudicada (atribuída) a uma das partes por um terceiro estranho à relação jurídica”. Em: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 81. E, ainda: “Tendo em vista que a própria necessidade de um processo judicial já denota a existência de um conflito de interesses não resolvido voluntariamente no plano material, é inerente à estrutura processual a (... competitividade). Cada parte pretende obter a satisfação dos seus interesses não só a despeito, como, também, em sacrifício – total ou parcial – dos interesses da outra”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 253-254. Ainda, concatenado com a ideia da prevalência de uma cultura da sentença: “É costume arraigado na sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo ... – ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente efetivos existentes entre elas”. Em: BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, p. 122-134, 1999, p. 125. Frisa-se que se substitui o signo normalmente utilizado no âmbito da doutrina jurídica para se referir ao modelo contencioso do processo civil, “conflitualidade”, pelo signo “competitividade”, visando a adequar as citações à forma como os conflitos sociais são postas por Morton Deutsch, para quem, conforme já posto, nem todo conflito é competitivo.

¹¹¹ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

¹¹² Há que se frisar, no entanto que não necessariamente. De fato, é possível que se tenha “a sensação de, mesmo ganhando, ser injustiçado, dado o tempo em que tudo transcorreu e a óbvia preocupação sobre, ainda vencendo a demanda, se será possível implementá-la (não custa lembrar que a responsabilidade civil é patrimonial e se neutro ou negativo o patrimônio do devedor, o credor obtém verdadeira vitória de Pirro)”. Em: SOUZA NETO, João Batista e Mello e. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000, p. 26. Esclarece-se acerca da alegoria: “Após a batalha de Ásculo, o rei Pirro, ao felicitar seus generais depois de verificar as enormes baixas sofridas por seu exército, teria dito que com mais uma vitória daquelas estaria acabado. Desde então, a expressão ‘vitória de Pirro’ é usada para expressar uma conquista cujo esforço tenha sido penoso demais. Uma vitória com ares de derrota”. Em: CONSTANTINO,

um conflito jurídico possa ser construtiva para outros além do vitorioso imediato e, ocasionalmente, mesmo para a parte vencida que se sente satisfeita com a solução dada pelo estado-juiz por entender, por exemplo, que foi alcançada por meio de processo justo.

Relembrando-se que todo contexto competitivo – como o do processo civil – envolve conflito, pode-se afirmar que os sujeitos autointeressados – agora partes autointeressadas – tomarão decisões no processo semelhantemente à maneira como decidem ante a seus conflitos de interesse no plano material. Ou seja, em cada momento aberto à atuação das partes, farão escolhas estratégicas de forma – limitadamente – racional, em prol de um objetivo final – no caso, a vitória –, considerando o outro e os limites impostos – no caso, pelas regras processuais e pela condução do estado-juiz. Nesse cenário, estabelece-se o processo civil como fenômeno decisório das partes autointeressadas que realizam inúmeras escolhas no seu desenrolar, visando à vitória.

Na medida em que, no âmbito do fenômeno processual civil, o objetivo final das partes consiste em vitória, é razoável inferir que a elas não importa a adequação da interpretação e aplicação do direito conjugada com a apuração o mais próximo possível dos fatos como efetivamente ocorreram. Pelo contrário, “a estratégia tem por objetivo que prevaleça a tese exposta, seja ela correspondente à verdade e a uma adequada interpretação e aplicação do direito ou não”.¹¹³ Buscarão, pois, persuadir o estado-juiz no sentido – de fato e de direito – que lhes interessa.¹¹⁴ Não

Rodrigo. Vitória de Pirro: a luta apenas começou e a vitória foi com gosto de derrota. In: **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaovitoria-de-pirro-14379347>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

¹¹³ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 363.

¹¹⁴ O fim das partes no âmbito do processo civil, portanto, é a obtenção do resultado almejado (o autor almeja o deferimento de seu pedido e o réu, em posição diametralmente oposta, o indeferimento do pedido do autor e o deferimento de eventual pedido reconvenicional). Nessa linha, não se vêem petições iniciais onde se relatam fatos e se indique, como pedido, tão somente uma decisão justa, concedendo-se ou não o solicitado. Tampouco contestações em que o réu narre a sua versão da história para que, então, ao final da peça, solicite que o juiz tome uma decisão justa, construa o direito de forma racional, afirme a autoridade do ordenamento jurídico, dê efetividade aos direitos materialmente previstos e garanta a supremacia dos valores públicos e dos princípios constitucionais, pouco importando se disso resultar a negação – ou não – do solicitado pelo autor, ou seja, pouco importando se será – ou não – condenado. Com efeito, na “na vida como ela é”, os comuns pedidos de efetivação da justiça, consagração da verdade e concretização de direitos não andam só, sendo sempre acompanhados do sentido prático que se espera que se dê à justiça, à verdade e aos direitos, que, nesse prisma, não passam de recursos retóricos com vistas a persuadir o estado-juiz no sentido que interessa a cada qual dos envolvidos.

se pode esperar, assim, da prática das partes, natural comprometimento com a dimensão deontológica do processo, porquanto autointeressadas. Pode-se esperar somente atuação estratégica, conformada pela interação com as demais partes e pelo arranjo institucional em que atuam, ressalvados alguns temperamentos correlatos à limitação da racionalidade e às pressões psicológicas.

Constatar que as partes autointeressadas tomam decisões no processo semelhantemente à maneira como decidem ante a seus conflitos de interesse no plano material, permite inferir, ainda, que a interação das suas escolhas engloba um conjunto complexo de fatores, comportando uma mistura de métodos. De fato, “a ação humana, no processo, não deixa de ser ação apenas porque estruturada em um contexto jurídico (processual)”.¹¹⁵ Continua sendo um misto de cooperação e competição. A interação dos sujeitos processuais se desenvolve, portanto – como no plano material –, em um ambiente institucional de estratégias cooperativas e competitivas em torno do conflito. Dessa forma, o caráter eminentemente competitivo do processo civil não impede que se estabeleçam abordagens cooperativas¹¹⁶ que venham a convergir, na forma de acordos, seja quanto ao processo em si – negócios jurídicos processuais¹¹⁷ –, seja quanto ao direito material – autocomposição endoprocessual, prévia à decisão adjudicatória heterocompositiva ofertada na sentença.¹¹⁸ Com efeito, tal panorama é expressamente contemplado pelo Código de Processo civil em diversos dispositivos.¹¹⁹

¹¹⁵ Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 321.

¹¹⁶ Embora se deva frisar que, conforme já posta visão de Morton Deutsch, conflitos entre partes com relações cooperativas, em vez de competitivas, são provavelmente menos destrutivos e, nessa linha, relações eminentemente competitivas tendem a ter – mas não necessariamente têm – consequências destrutivas. Ou seja, são mais propensas a resultados insatisfatórios e/ou não produtivos. Interessante destacar que segundo o autor, relações de conflito inevitavelmente marcadas pela competição – como é o caso do processo civil – exigem regulamentação mais intensa, com o fito de limitar seu potencial destrutivo. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

¹¹⁷ Sobre convenções processuais, por todos: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Pode-se dizer que as convenções processuais são compatíveis com a visão sociopsicológica do conflito proposta por Morton Deutsch na medida em que este entende ser razoável afirmar que muitos preferem que as competições ocorram em um encontro cooperativo em que há um interesse – cooperativo – em ter uma competição mutuamente “agradável” em vez de um interesse primário em derrotar o outro. DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

¹¹⁸ Frisa-se que as formas de abordagem dos conflitos sociais não são estáveis. Dessa forma, é possível, por exemplo, que a negociação inicial seja substituída por um processo autocompositivo bilateral facilitado ou desemboque em uma abordagem heterocompositiva. Noutro giro, é possível que a abordagem consensual (casos de autocomposição) se dê após a decisão por uma abordagem

A previsão legal de situações cooperativas das – ou entre as – partes e, especialmente, a previsão de uma “cláusula geral” de cooperação¹²⁰ exige, no entanto, reflexão sobre os limites de aplicação dessa estrutura normativa, considerado o autointeresse. Afinal, se o processo civil é um ambiente movido pelos interesses dos litigantes, que buscam obter a prevalência de suas próprias demandas em relação às do adversário, ou seja, um campo em que prevalece a estratégia competitiva, não parece razoável obrigar as partes a cooperarem entre si. Efetivamente, ainda que se tenha a previsão legal da colaboração como um dever juridicamente imposto a todos os sujeitos do processo, não se pode negar que as partes estão em posições antagônicas. A colaboração, por conseguinte, não pode ser compreendida a partir da ideia de que as partes devam auxiliar uma a outra.¹²¹

A partir do momento em que se entende o processo civil como espaço de embate entre interesses divergentes, no qual cada parte procura estrategicamente obter vantagem, “a eventual cooperação entre os sujeitos processuais não pode ser

heterocompositiva, mas antes da decisão adjudicatória do terceiro imparcial (arbitro ou estado-juiz), caso em que se somam à renúncia, como formas de autocomposição unilateral, a desistência e o reconhecimento jurídico do pedido.

¹¹⁹ Cita-se, nessa direção o já mencionado art. 3º e, ainda, os ilustrativos arts. 6º, 190 e 191, em seus *caputs*, respectivamente: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”; “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”; e “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

¹²⁰ Refere-se aqui ao já transcrito art. 6º do Código De Processo Civil, o qual tem lócus no Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil, do Título Único - Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, do Livro I - Das Normas Processuais Cíveis, da Parte Geral.

¹²¹ Nessa senda, Marinoni, Arenhart e Mitidiero comentam o art. 6º do Código de Processo civil, ora em tela: “E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes – qualquer leitura do art. 6º, CPC, nesse sentido é equivocada. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil. Esse ponto é digno de nota: enquanto os deveres de colaboração no plano do direito material tiveram sua origem no campo obrigacional a partir dos estudos ligados à boa-fé, o que acabou desaguardando na construção de deveres cooperativos entre as partes, no processo esses deveres não se originam da boa-fé e não podem ser concebidos como deveres que gravam as partes entre si. É que no plano do direito material as partes constroem vínculos jurídicos com uma finalidade comum. Vale dizer: os interesses são convergentes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e domina toda a sua estruturação. Inexiste a princípio qualquer crise que afaste as partes da finalidade comum no plano do direito material. O plano do processo, porém, pressupõe justamente uma ameaça de crise ou uma efetiva crise na realização do direito material. E a partir desse exato momento os interesses das partes deixam de ser convergentes e passam a ser divergentes. Isso obviamente não dispensa as partes de agirem com boa-fé no processo. No entanto, daí para exigência de colaboração entre as partes existe uma significativa distância”. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 163-164.

estruturada como um dever, mas sim como uma opção estratégica que cada parte pode desempenhar se assim entender adequado”.¹²² A colaboração, nessa senda, funciona como comportamento cooperativo discricionário das partes – devido a uma opção estratégica – que deve ser incentivado pelo ambiente institucional delimitado pelo legislador, ao elaborar as normas processuais, e pelo estado-juiz, na condução do processo.¹²³ Não parece razoável, no entanto, entendê-la como um comportamento cooperativo obrigatório.

As estratégias de cooperação podem, então, ser escolhidas pelas partes. Inclusive, deixar de lado o antagonismo e adotar uma postura cooperativa pode ser uma boa estratégia para os litigantes. Tal forma de compreensão preza pela liberdade e autonomia dos sujeitos no curso processual, incentivando-os a voluntariamente (e não de modo forçado) escolher a cooperação como forma de atingir seus resultados.¹²⁴ Logo, “a decisão de cooperar ou não cooperar deve ser uma faculdade ou um ônus, jamais um dever”¹²⁵, abrindo-se espaço para um caminho dialógico interessante a qualquer forma de composição que se pretenda construtiva e, assim, à estrutura do processo civil brasileiro que assume, ainda,

¹²² ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 254.

¹²³ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 257.

¹²⁴ Ressalta-se que “defender que o princípio da cooperação não determina deveres cooperativos das partes entre si não significa defender que o processo deve, sempre, ser estruturado a partir do antagonismo de posições”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 263.

¹²⁵ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 265. Há que se frisar, no entanto, que tal posicionamento, adotado neste trabalho, não é pacífico na doutrina jurídica. Não obstante, mesmo as visões que entendem haver um dever de colaboração dos particulares – e não mero estímulo nesse sentido, entendendo-a como uma opção estratégica – fazem-no em relação ao estado-juiz e à justiça do processo, e não no sentido de haver uma obrigação de colaboração entre as partes em si. Nesse tema: “Entre as faculdades processuais inserem-se as chamadas faculdades coercitivas, que permitem ao Judiciário exigir colaboração dos particulares com os juízes e tribunais e que sejam punidos comportamentos processuais antiéticos”. Em: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, 9. 59-81, 1999, p. 65. Trata-se mais, acredita-se, de uma questão de terminologia, pois a atuação colaborativa das partes para com o estado-juiz e para com a justiça do processo pode ser vista, efetivamente, como dever decorrente do estatuto ético do processo ou do poder estatal manifesto em forma jurisdicional. De qualquer maneira, a colaboração entre as partes não deixa de ser uma faculdade estratégica.

conforme se verá, um caráter fortemente argumentativo.¹²⁶

O que importa frisar, em resumo, é que as ponderações acerca do modo como os sujeitos autointeressados tomam suas decisões no plano material se refletem no plano processual em um duplo nível: não só a decisão por regulamentar o conflito na forma do processo civil é influenciada pela racionalidade, ainda que limitada, pela estrutura de incentivos ou desincentivos nesse sentido, institucionalizadas em forma de convenções ou normas, e pelas considerações interacionais, ou seja, estratégicas, como também as decisões que são tomadas pelas partes autointeressadas no âmbito endoprocessual. Nessa medida, o processo é não só uma decisão de caráter institucional-estratégico como tem em si tal cariz. É toda essa lógica de raciocínio que sustenta a compreensão do fenômeno processo civil como instituição humana feita por e para indivíduos autointeressados, marcados pelos componentes estratégico e institucional.¹²⁷

Nota-se que a abertura da presente reflexão ao instrumental econômico permitiu um olhar para o “inusitado”, sustentando a construção do processo civil como fenômeno decisório dos sujeitos/partes autointeressadas em situações de interação e conforme as convenções e normas delimitadas pelo cenário institucional. As decisões tomadas por sujeitos em interação e conforme “regras” são o justo objeto de análise do instrumento microeconômico da teoria dos jogos. Há que se considerar, ainda, que os comportamentos estratégicos cooperativos e competitivos

¹²⁶ Na concepção mais filosófica do signo “colaboração”, apoiada nas elaborações de Jühen Habermas, a colaboração importa exatamente nesse sentido argumentativo, na medida em que os atores abandonam seu enfoque de “agente interessado imediatamente no próprio sucesso” e passam a adotar o papel de um “falante que deseja entender-se”. Desse modo, unem-se em torno da validade de suas ações de fala e determinam os dissensos que serão considerados no decorrer da argumentação. Em: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade (1). Trad.: Flávio Beno Siebeneicher. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

¹²⁷ Transcreve-se, aqui, a tese em sua literalidade: “Na perspectiva de sua estrutura, a abertura do processo civil às ciências que estudam o comportamento humano, em especial à perspectiva da nova economia institucional, é útil na medida em que permite que se compreenda o processo como uma instituição cuja mecânica de incentivos aos comportamentos dos participantes deve ser estruturada na forma de arranjos institucionais adequados ao fim de dar tutela aos direitos; na perspectiva dos sujeitos processuais, a abertura do processo civil às ciências que estudam o comportamento humano, em especial a perspectiva do modelo de racionalidade limitada, é útil na medida em que permite que se compreenda o processo como um ambiente de estratégias, que devem ser desenvolvidas pelos sujeitos parciais, com vistas ao sucesso no pleito, considerando as suas limitações cognitivas e informacionais e sua relação de agência com o procurador, além dos incentivos postos pelos arranjos institucionais”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018. Frisa-se, no entanto, que não se está a adotar a tese institucionalista proposta por Jaime Guasp no âmbito da ciência processual civil. Sobre o tema, ver: GUASP, Jaime. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997.

descritos pela linguagem matemática da teoria dos jogos podem ser percebidos independentemente de tal linguagem nos jogos propriamente ditos. Ou seja, nos jogos como manifestações, assim como o conflito, de qualquer cultura. Contemporaneamente, a presença dos jogos na cultura humana tem assumido novas feições. É essa realidade que se descreve recorrendo à ideia de “gameificação”. À compreensão do caráter estratégico e institucional do fenômeno processual civil servem, portanto, as noções da teoria dos jogos e da ideia de “gameificação”.

1.3 Teoria dos jogos e “gameificação”

A chamada teoria dos jogos tem por objeto “as situações nas quais mais de um sujeito deve tomar decisões, que, em conjunto, conformam o resultado final”.¹²⁸ Embora seja, a princípio, uma teoria matemática, sua aplicação se expandiu para outros domínios, como o Direito, as Ciências Sociais e, principalmente, para a Economia, por fornecer uma linguagem para a descrição de processos de decisão que envolvem mais de um indivíduo.¹²⁹ Assim, lida com as escolhas que as pessoas podem fazer – ou melhor, que deveriam fazer – com o objetivo de atingir relações equilibradas. Em alguns aspectos, preocupa-se ainda com a comunicação e a colisão entre os jogadores em suas tentativas de melhorar os próprios resultados.¹³⁰

Nesse panorama, a teoria dos jogos leva em consideração dois principais fatores: as interações entre os jogadores e seu comportamento estratégico. As interações representam as ações de cada agente, consideradas individualmente, e uma análise de como afetam os demais. O comportamento estratégico, por sua vez, diz respeito ao fato do jogador, ao tomar sua decisão, ponderar as consequências das decisões dos demais envolvidos sobre o seu próprio jogo.¹³¹ As interações estratégicas, assim, podem ser observadas em diversas situações – desde uma

¹²⁸ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 355.

¹²⁹ SARTINI, Brigida Alexandre *et al.* **Uma introdução à Teoria dos Jogos**. II Bial da SBM. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹³⁰ RAIFFA, Howard; LUCE, Duncan. **Games and decisions: introduction and critical survey**. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 5.

¹³¹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 12-13.

partida de xadrez até um encontro internacional de líderes para discutir regras referentes à produção nuclear. O ponto em comum entre situações tão distintas é, justamente, envolverem decisões tomadas com base na estratégia. É possível dizer, então, que quando confrontados com escolhas estratégicas, os indivíduos estão participando de um jogo.¹³² Desse modo, a teoria dos jogos oferece formas de modelar a interação estratégica e analisar as situações envolvidas.¹³³

Noutra senda, é importante pontuar que essa teoria não dá conta – e não pretende dar – de todos os diversos problemas gerados pelos conflitos de interesses.¹³⁴ De fato, a realidade é complexa, sendo impossível levar todos os fatores e detalhes em consideração. Em geral, não é viável apontar as estratégias específicas disponíveis para os jogadores em cada jogo, uma vez que elas podem se alterar conforme os efeitos e resultados intermediários obtidos.¹³⁵ Tem-se, portanto, um risco ao decidir quais elementos são importantes o suficiente para serem considerados.

Em suma, a teoria dos jogos¹³⁶ permite que se entenda “teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos”.¹³⁷ Como o jogo envolve as interações e relações de causa e consequência das ações de seus jogadores, os agentes precisam realizar decisões estratégicas, que contemplem não apenas seus objetivos e possibilidades de escolha, mas igualmente os objetivos e as possibilidades de escolha dos demais jogadores.¹³⁸ Nesse ponto, a teoria dos jogos se diferencia por

¹³² Nas palavras de FIANI: “Situações que envolvam interesses entre agentes racionais que se comportam estrategicamente podem ser analisadas *formalmente* como um jogo”. Em: FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 12.

¹³³ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 5.

¹³⁴ RAIFFA, Howard; LUCE, Duncan. **Games and decisions**: introduction and critical survey. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 4.

¹³⁵ RAIFFA, Howard; LUCE, Duncan. **Games and decisions**: introduction and critical survey. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 7.

¹³⁶ ABREU observa, acerca da nomenclatura da teoria: “o nome remete a uma concepção lúdica, mas essa não é uma característica da teoria dos jogos. Seu nome deveria refletir melhor o fato de que se trata de uma teoria acerca das interações entre sujeitos. Como ressalta a doutrina, “deveria ser denominada – menos elegantemente – de teoria das interações estratégicas”. A tomada de decisões interdependentes difere da mera tomada de decisão, porque, no primeiro caso, não basta encontrar a melhor solução (em termos de utilidade), como ocorre no segundo, já que o que é melhor para uma pessoa nas situações de interdependência depende do que a outra irá escolher.” Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 356.

¹³⁷ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 9.

¹³⁸ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 14.

superar o ambiente paramétrico da microeconomia tradicional - em que os sujeitos não são afetados pelas escolhas dos demais agentes – porque os considera no ambiente específico das relações de interdependência.

Costuma-se relacionar o surgimento da teoria dos jogos à obra de John von Neumann e Oskar Morgenstern¹³⁹, produzida na década de 1940. Trata-se de um estudo do conjunto de teorias matemáticas que abordam as situações em que um agente busca maximizar sua utilidade antecipando as respostas e comportamentos dos demais agentes. Procurou-se aplicar essas teorias a situações práticas dos problemas econômicos, considerando as vontades dos agentes e condições de mercado. Com a repercussão dessas ideias, outras abordagens foram discutidas nas décadas posteriores.¹⁴⁰

Na paradigmática obra de Neumann e Morgenstern, bem como nas abordagens que a seguiram, desenvolveu-se a teoria dos jogos em torno dos chamados “jogos de soma zero”, ou jogos competitivos e não colaborativos.¹⁴¹ Nessa interação, o ganho de um dos jogadores representa a perda do outro: é uma situação de puro conflito, em que nenhuma das partes procura um desfecho equilibrado.¹⁴² Inexiste a possibilidade de cooperação e negociação, já que um só pode ganhar se o outro perder.¹⁴³

Na lógica dos jogos de soma zero, portanto, cada um dos jogadores está preocupado em receber o maior ganho ao final do jogo¹⁴⁴, e seus interesses são completamente opostos e divergentes. Por isso, entende-se que “o benefício total para todos os jogadores, para cada combinação de estratégias, sempre soma zero,

¹³⁹ Pontuam os autores na introdução desta obra: “Our considerations will lead to the application of the mathematical theory of “games of strategy” developed by one of us in several successive stages in 1928 and 1940-1941. After the presentation of this theory, its application to economic problems in the sense indicated above will be undertaken. It will appear that it, provides a new approach to a number of economic questions as yet unsettled. We shall first have to find in which way this theory of games can be brought into relationship with economic theory, and what their common elements are.” Em: NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). **Theory of games and economic behavior** (1944). 3. ed.(1953) reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 1.

¹⁴⁰ DINIZ, Ana Paula Savoia Bergamasco. **Contrato de aliança: inadimplemento**. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, f. 16-18.

¹⁴¹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 36.

¹⁴² ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 364.

¹⁴³ D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, f. 55-57.

¹⁴⁴ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 173.

e o total dos ganhos ao final da partida é nulo”.¹⁴⁵ O raciocínio, enfim, é o “tudo ou nada”. Nada obstante a importância da teorização sobre os jogos de soma zero, entendeu-se que essa análise é demasiadamente restritiva, considerando o grande número de interações sociais. Outras ferramentas teóricas precisavam ser elaboradas para que se abrangesse adequadamente a variedade de modelos de interações estratégicas. O desenvolvimento da teoria dos jogos com o abarcamento de outras possibilidades, então, foi possível a partir das teorizações de John Nash.¹⁴⁶

Em suas obras, Nash procurou enfrentar os desafios e dilemas das produções anteriores¹⁴⁷, buscando uma resposta aos problemas colocados pelas variadas possibilidades de estratégias e interações – que podem abarcar, inclusive, a adoção da cooperação entre os jogadores como estratégia.¹⁴⁸ Desenvolveu, com isso, o conceito denominado “equilíbrio de Nash”, que compreende os jogos cooperativos, ou seja, de resultado diferente de zero. Nesse espectro, a combinação de estratégias e interações em um jogo atinge o equilíbrio quando “cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores.”¹⁴⁹

Dessa forma, nos jogos de soma não zero é possível que os jogadores se beneficiem mutuamente, adotando ações e movimentos interdependentes¹⁵⁰ que

¹⁴⁵ D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, f. 56.

¹⁴⁶ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 36.

¹⁴⁷ Nesse tema, é notório na teoria dos jogos o “dilema dos prisioneiros”. SARTINI *et al.* descrevem: “Possivelmente o exemplo mais conhecido na teoria dos jogos é o dilema do prisioneiro. Ele foi formulado por Albert W. Tucker em 1950, em um seminário para psicólogos na Universidade de Stanford, para ilustrar a dificuldade de se analisar certos tipos de jogos. A situação é a seguinte: dois ladrões, Al e Bob, são capturados e acusados de um mesmo crime. Presos em selas separadas e sem poderem se comunicar entre si, o delegado de plantão faz seguinte proposta: cada um pode escolher entre confessar ou negar o crime. Se nenhum deles confessar, ambos serão submetidos a uma pena de 1 ano. Se os dois confessarem, então ambos terão pena de 5 anos. Mas se um confessar e o outro negar, então o que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 anos de prisão.” Em: SARTINI, Brigida Alexandre et al. **Uma introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: < <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf> > Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

¹⁴⁸ DINIZ, Ana Paula Savoia Bergamasco. **Contrato de aliança**: inadimplemento. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, f.19.

¹⁴⁹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 93.

¹⁵⁰ Sobre o assunto, é relevante a consideração teórica sobre as modalidades de jogadas que podem ser realizadas pelos jogadores. Alguns jogos, por exemplo, permitem as jogadas simultâneas e úteis, em que cada jogador realiza seu movimento sem saber qual ação foi tomada por seu adversário. Noutro parâmetro, os chamados “jogos de forma extensiva” permitem que as jogadas sejam realizadas a cada lance, cabendo ao atual jogador escolher qual opção estratégica melhor se adequa

almejem alcançar os fins de cada um. Nessas condições, tem-se espaço para a colaboração, a partir do desenvolvimento da confiança entre as partes.¹⁵¹ Para isso, parte-se do pressuposto de que os interesses dos indivíduos não são completamente opostos e divergentes, de modo que são capazes de discutir a situação para buscar um acordo racional, em conjunto.¹⁵² Enfim, para encontrar o equilíbrio, cada jogador deve antecipar as possíveis estratégias do outro e as combinar com a sua própria: almejar apenas o autointeresse e a maximização de seus próprios ganhos pode levar a resultados piores para ambos.¹⁵³

Esse equilíbrio e diálogo entre os jogadores são também desejáveis nos chamados “jogos de informação perfeita”, nos quais todos os jogadores possuem conhecimento sobre os acontecimentos que se desenvolveram, bem como os ganhos, perdas e jogadas realizadas. Ainda, sabem a motivação e as informações disponíveis ao outro jogador: não há informação privilegiada e preza-se pela colaboração. O contraponto é oferecido pelos “jogos de informação imperfeita”, em que a informação disponibilizada não é completa, havendo discrepância entre as informações obtidas por cada um dos jogadores, permitindo que existam blefes, ocultação ou supervalorização de algum fato.¹⁵⁴ Em muitos casos, os jogos – sobretudo os mais complexos - operam essas duas lógicas, apresentando uma assimetria de informações, que dependem das regras impostas e dos comportamentos adotados pelos jogadores.

ao momento. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, v. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

¹⁵¹ D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, f. 58.

¹⁵² DINIZ, Ana Paula Savoia Bergamasco. **Contrato de aliança**: inadimplemento. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, f.

¹⁵³ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 365.

¹⁵⁴ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, v. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

Há que se considerar, no entanto, que os comportamentos estratégicos cooperativos e competitivos descritos na linguagem matemática pela teoria dos jogos, possivelmente em razão das “pessoas grandes” adorarem os números¹⁵⁵, podem ser percebidos independentemente de tal linguagem nos jogos propriamente ditos. Ou seja, nos jogos como manifestações que se dão, assim como o conflito, em qualquer cultura. Contemporaneamente, a presença dos jogos na cultura humana tem assumido novas feições. É essa realidade que se descreve recorrendo à ideia de “gameificação”, no sentido de que cada vez mais “a vida como ela é” se encontra permeada pelos jogos em suas diversas formas e funções.

O tema do “jogo” possui significativa relevância na sociedade atual, devido não apenas ao seu espaço nas – ou das – práticas culturais, como também pela evolução das indústrias de jogos eletrônicos e o crescimento da mobilização em torno das competições esportivas. A amplitude do termo, nessa senda, leva ao desenvolvimento de múltiplos trabalhos científicos que buscam definições e características do conceito “jogo” e modos de relacioná-lo com as demais interações culturais que se estabelecem em uma sociedade.¹⁵⁶

Sobre a temática, um dos primeiros trabalhos foi desenvolvido pelo historiador holandês Johan Huizinga. Em sua obra “Homo ludens”¹⁵⁷, Huizinga procurou refletir se o jogo é, de fato, um fenômeno cultural. A cultura, para ele, sempre pressupõe a sociedade humana, que, por sua vez, deve ser dotada de certo grau de racionalidade, bem como o estabelecimento de normas morais.¹⁵⁸ A realidade do jogo, contudo, não necessariamente possui elementos racionais, porque não está limitada à humanidade: os animais também brincam, também têm seus próprios jogos.¹⁵⁹ O jogo, assim, não se relaciona à civilização e, por isso, está

¹⁵⁵ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Trad.: Dom Marcos Barbosa. 48. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009, p. 17.

¹⁵⁶ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁵⁷ HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

¹⁵⁸ Em suas obras, HUIZINGA consagra quais são, a seu ver, as “condições essenciais da cultura”: primeiro, é o equilíbrio entre os valores espirituais e materiais; segundo, é a existência de uma aspiração, de um objetivo final promovido pela sociedade; e, terceiro, é a dominação da natureza. Em: DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁵⁹ Descreve o autor: “os animais brincam tal como os homens. Bastará que observemos os cachorrinhos para constatar que, em suas alegres evoluções, encontram-se presentes todos os

desvinculado da cultura. Acaba sendo, mesmo ao nível animal, um fenômeno fisiológico, ou um reflexo psicológico, ultrapassando os limites da atividade física ou biológica.

O jogo, pois, tem uma função significativa, uma vez que nele existe alguma coisa em jogo “que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação.”¹⁶⁰ Todo jogo, portanto, significa alguma coisa, mas há uma grande divergência nas definições de seus sentidos e funções.¹⁶¹ A maioria das teorias se preocupa em saber o que é o jogo, por si mesmo, e o que significa para os jogadores. Uma primeira ideia é relacionar o jogo com a noção de divertimento. O jogo, nesse passo, é oposto à seriedade – mas esse contraste não é decisivo nem imutável.¹⁶²

Com efeito, ao explorar as características e funções do jogo, Huizinga chega a uma concepção geral de que o conceito significa uma ação ou uma atividade voluntária, limitada no tempo e espaço. Essa ação ou atividade, embora voluntária, segue regras que são obrigatórias, mas que foram aceitas consciente e livremente pelo consenso dos jogadores. O jogo também tem um fim em si mesmo, de modo que é uma atividade desvinculada de qualquer interesse material ou obtenção de lucro. Enfim, não é considerado uma atividade séria e é exterior à vida habitual ou cotidiana, sendo acompanhado de sentimentos de alegria e tensão.¹⁶³

Com objetivo de aprofundar as características que elenca, Huizinga destaca que o jogo ser uma atividade voluntária significa que, quando ele deve se sujeitar a ordens, “deixa de ser jogo” – acaba sendo, no máximo, uma imitação forçada. O

elementos essenciais do jogo humano. Convidam-se uns aos outros para brincar mediante um certo ritual de atitudes e gestos. Respeitam a regra que os proíbe morderem, ou pelo menos com violência, a orelha do próximo. Fingem ficar zangados e, o que é mais importante, eles, em tudo isto, experimentam evidentemente imenso prazer e divertimento. Essas brincadeiras dos cachorrinhos constituem apenas uma das formas mais simples de jogo entre os animais.” Em: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

¹⁶⁰ HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 5.

¹⁶¹ Como pontua Huizinga, “as diversas respostas tendem mais a completar-se do que a excluir-se mutuamente. Seria perfeitamente possível aceitar quase todas sem que isso resultasse numa grande confusão de pensamento, mas nem por isso nos aproximaríamos de uma verdadeira compreensão do conceito de jogo. Todas as respostas, porém, não passam de soluções parciais do problema.” Em: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 6.

¹⁶² HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 8.

¹⁶³ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

jogo é livre, portanto, e não faz parte da vida “corrente” ou “real”: é uma evasão da vida “real” para a “esfera temporária de atividade com orientação própria.”¹⁶⁴ Em outras palavras, o jogo se distingue da vida “real” na medida em que ocorre em um local específico com uma duração específica, sendo limitado por esse espaço e tempo.

Outro elemento importante para o jogo é a tensão, porque provoca incerteza sobre o resultado. É o elemento que, realmente, identifica todos os jogos, desde os solitários de “destreza e aplicação” – como os quebra-cabeças, as charadas, as paciências, o tiro ao alvo – até o extremo dos jogos de azar e competições esportivas. De modo geral, quanto mais competitivo for o jogo, maior a tensão e mais apaixonante ele se torna. A competição, afinal, é uma categoria de jogo, uma vez que, como ele, é desprovida de objetivo além de si mesma.¹⁶⁵

No mais, relevante pontuar que no jogo também importam as regras. São elas que, absolutas e sem admitir discussão, determinam o que “vale” e o que “não vale”. O descumprimento às regras leva à derrocada do mundo do jogo, considerando que ele promove a formação de grupos sociais, possibilitando que sublinhem sua diferença em relação ao restante do mundo por meio das manifestações de jogo. Huizinga, enfim, compreende que “a função do jogo, nas formas mais elevadas que aqui nos interessam, pode, de maneira geral, ser definida pelos dois aspectos fundamentais que nele encontramos: uma luta por alguma coisa ou a representação de alguma coisa”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Nesse ponto, “todo jogo é capaz, a qualquer momento, de absorver inteiramente o jogador. Nunca há um contraste bem nítido entre ele e a seriedade, sendo a inferioridade do jogo sempre reduzida pela superioridade de sua seriedade.” Em: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 10.

¹⁶⁵ Isto é, nas palavras de Huizinga, “o resultado de um jogo ou de uma competição — excetuando-se, evidentemente, os que implicam um lucro pecuniário — só tem interesse para aqueles que dele participam como jogadores ou como espectadores, quer pessoalmente e no local, quer como ouvintes pelo rádio ou espectadores pela televisão etc., e aceitam suas regras. Tornaram-se parceiros do jogo e querem sê-lo.” Em: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 39.

¹⁶⁶ Acerca do tema, importa ressaltar as palavras de Huizinga: “o fato de apontarmos a presença de um elemento lúdico na cultura não quer dizer que atribuamos aos jogos um lugar de primeiro plano, entre as diversas atividades da vida civilizada, nem que pretendamos afirmar que a civilização teve origem no jogo através de qualquer processo evolutivo, no sentido de ter havido algo que inicialmente era jogo e depois se transformou em algo que não era mais jogo, sendo-lhe possível ser considerado cultura. A concepção que apresentamos nas páginas que se seguem é que a cultura surge sob a forma de jogo, que ela é, desde seus primeiros passos, como que jogada.” Isso significa, como desenvolvido por Huizinga, que as fases mais primitivas de cultura possuíam um caráter lúdico e se processavam em conformidade com as formas e o ambiente do jogo. Com a evolução da cultura, o elemento lúdico vai gradualmente passando ao segundo plano – é absorvido pelo sagrado ou pelas

Essa acepção de jogo, embora de suma importância para as teorias que se desenvolveram a partir de então, certamente não pode ser utilizada para uma compreensão total do conceito.¹⁶⁷ Cumpre notar, todavia, que as elaborações de Huizinga foram fundamentais para que o jogo, por sua vez, fosse considerado um objeto de estudo a ser levado a sério. Como a ideia comum que se tem de jogo é relacioná-lo com brincadeiras e recreação, encará-lo com seriedade e compreendê-lo para além dessa esfera recreativa requer que outros fatores sejam acatados. A noção de jogo proposta por Huizinga, assim, “parece sugerir que há algo em comum entre negociações internacionais, decisões estratégicas de executivos de empresas competidoras e uma partida de xadrez.”¹⁶⁸

Desse modo, na senda da evolução do pensamento sobre o assunto, o sociólogo francês Roger Caillois¹⁶⁹, com base (e crítica) nas elaborações de Huizinga, explora o tema do jogo a partir dos problemas antropológicos, sociológicos e históricos que invoca. A começar, ademais de considerar o jogo como uma atividade livre, limitada pelo tempo e espaço, dotada de regras e sem consequências para a vida real, Caillois adiciona os elementos da improdutividade e incerteza a sua análise.¹⁷⁰ Realiza ainda uma crítica direta a Huizinga, pontuando que não se preocupou em classificar e diferenciar os jogos entre si ao elencar que são, em geral, desvinculados de interesse material – desconsiderando os jogos de cassinos, loterias e, enfim, todos que possuem um objetivo econômico.¹⁷¹

Nesse ponto, então, entra a primeira variável trazida pelo próprio Caillois: a improdutividade do jogo. Em sua concepção, o jogo, mesmo quando envolve ganhos financeiros, é improdutivo. Afinal, por mais que envolva o deslocamento de recursos e propriedade, não produz nenhum bem. Esse deslocamento, destarte, não afeta

formas de saber (folclore, poesia, filosofia etc). Em: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 37.

¹⁶⁷ Caillois, em importante obra sobre a questão, pontua que o livro de Huizinga é “contestável na maior parte de suas afirmações”, mas ainda assim “analisou magistralmente as várias características fundamentais do jogo e demonstrou a importância de seu papel no próprio desenvolvimento da civilização.” (Tradução livre do original). Em : CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 13.

¹⁶⁸ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 12.

¹⁶⁹ Sobre tudo em sua obra: CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958.

¹⁷⁰ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>. Acesso em: 06 fev. 2018.

¹⁷¹ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 15-16.

ninguém além dos próprios jogadores e apenas na medida desejada por eles. O jogo, por não produzir nenhuma riqueza nem obra, é apenas desperdício puro – de tempo, energia, intelecto e dinheiro.¹⁷²

O jogo também se caracteriza por ser incerto, visto que nem seu desenvolvimento nem seu resultado são previamente determinados. Há, portanto, um leque de opções sobre o que pode ocorrer, dependendo também da inventividade dos jogadores.¹⁷³ Caillois aduz, porém, que essas características são categorias puramente formais, que não são capazes de abarcar o conteúdo dos jogos. A seu ver, não é possível, com base nelas, explicar as atitudes psicológicas que os estruturam. Nesse sentido, Huizinga teria errado em seu estudo inicial, visto que não considerou as atitudes mentais que se relacionam às variedades de jogo – como força, azar e habilidade.¹⁷⁴

Feitas essas considerações, Caillois se preocupa em desenvolver uma classificação para os diversos tipos de jogo. Elabora, em seus apontamentos, quatro categorias fundamentais: *agôn*, *alea*, *mimicry* e *ilinx*.¹⁷⁵ A primeira categoria, *agôn*, refere-se aos jogos de competição, nos quais o objetivo é triunfar devido ao próprio mérito, competência ou habilidade. Como exemplos de jogos *agôn*, tem-se a maioria dos esportes e jogos competitivos de modo geral (incluindo xadrez). Nesse caso, criam-se as condições ideais para que o triunfo do ganhador seja incontestável, porque é o melhor portador de uma qualidade específica (velocidade, memória e força, por exemplo).¹⁷⁶ A categoria *alea*, por outro lado¹⁷⁷, diz respeito aos jogos de sorte e azar, como loterias, cassinos, apostas. Tem-se a circunstância em que “se

¹⁷² CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 17.

¹⁷³ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 23.

¹⁷⁴ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

¹⁷⁵ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁷⁶ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 30-31.

¹⁷⁷ De acordo com Caillois, *âgon* e *alea* são o completo oposto um do outro. *Âgon* tem como pressuposto que as condições de igualdade criadas permitem que os jogadores, com seu próprio mérito e habilidade, conquistem a vitória. *Alea*, por sua vez, implica na situação em que todos os jogadores têm exatamente a mesma chance de ganhar, dependendo de sua sorte ou azar. Em: CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 38-39.

renuncia à vontade” para esperar a decisão do destino: o triunfo do ganhador, pois, não depende de si mesmo nem do seu adversário.¹⁷⁸

Noutro passo, a categoria *mimicry* é também chamada por Caillois de “simulacro”, já que faz referência aos teatros, carnavais, fantasias, cinemas, enfim, ao jogo de representar outra personalidade¹⁷⁹. Envolve uma ilusão, um universo fictício, no qual o sujeito joga com a crença de que é outra pessoa, que vivencia uma história distinta.¹⁸⁰ Por fim, a última categoria (*ilinx*) é denominada a “busca pela vertigem”. Nas palavras de Caillois, “consiste em uma tentativa de destruir por um instante a estabilidade da percepção e infligir à consciência lúcida uma espécie de pânico voluptuoso.”¹⁸¹ É um jogo no qual o jogador “se volta para si mesmo”, provocando um espasmo ou transe: pode ocorrer girando o corpo e olhando para o céu ou escolhendo entrar em um chapéu-mexicano ou simulador.¹⁸²

A partir dessas quatro categorias – que nem sempre se encontram isoladas –, Caillois desenvolve suas ideias sobre os diferentes tipos de jogos, admitindo as combinações entre suas categorias, bem como a possibilidade de o jogo levar à degradação. De modo geral, contudo, seus estudos procuram apontar as “bases fundamentais dos jogos”, revelando que jogo e vida são interpenetrantes e se auto-influenciam.¹⁸³ Sua obra, nesse sentido, desenvolve e elabora alguns aspectos já

¹⁷⁸ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 34-35.

¹⁷⁹ Aqui se lembra que o verbo *jouer* em francês possui três principais significados: jogar, brincar e atuar. CAILLOIS, portanto, explora todos esses significados da palavra em sua classificação de *jouer*. Em suas palavras, no original: “Toutes quatre appartiennent bien au domaine des jeux: on *joue* au football ou aux billes ou aux échecs (*agôn*), on *joue* à la roulette ou à la loterie (*alea*), on *joue* au pirate ou on *joue* Néron ou Hamlet (*mimicry*), on *joue* à provoquer en soi, par un mouvement rapide de rotation ou de chute, un état organique de confusion et de désarroi (*ilinx*).” Em : CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 27.

¹⁸⁰ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 39.

¹⁸¹ Tradução livre do original. Em : CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 45.

¹⁸² CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 45.

¹⁸³ Lara e Pimentel resumem: “jogo e vida constituem-se como campos antagônicos, simultâneos e interdependentes que se dão de modo fecundo e complementar, gerando relações complexas e peculiares em cada cultura e época. Os jogos, como fatores e imagens da cultura, criam hábitos, provocam mudanças, oferecem indicações sobre preferências, debilidades, forças e caracterização de uma civilização. Seja como expressão ou derivativo dos valores coletivos, seja pela camuflagem da vertigem, confusão e transe, e saliência da competição e da sorte nas “sociedades ordenadas”, o jogo constitui-se como espaço de revelação das contradições e paroxismos do humano.” Em: LARA, Larissa Michelle; PIMENTEL, Giuliano Gomes A. Resenha do livro *Os jogos e os homens: a máscara e a vertigem*, de Roger Caillois. **Rev. Bras. Cienc. Esporte, Campinas**, v. 27, n. 2, p. 179-185, jan. 2006, p. 183.

presentes no livro de Huizinga, sobretudo aprofundando e complementando as características de jogo pensadas pelo autor holandês.¹⁸⁴

Em suma, tanto Huizinga quanto Caillois trouxeram importantes considerações para uma temática que na contemporaneidade é cada vez mais discutida pela literatura científica – o jogo. De fato, os jogos estão presentes de modo mais constante na sociedade atual do que à época em que os autores elaboraram suas teorizações. Atualmente, vive-se um processo nomeado pelos especialistas¹⁸⁵ de “gameificação”: nesse processo, as fronteiras que definem o que é jogo e o que é a “vida real” – nos ideais proclamados por Huizinga – se romperam.

Com efeito, a noção de “gameificação” implica o fato de que os jogos deixaram de fazer parte apenas da esfera de diversão e lazer na vida dos indivíduos; os jogos, pois, estão a cada momento mais inseridos na rotina das pessoas e em sua forma de se relacionar com o mundo.¹⁸⁶ Nesse passo, confere-se a “situações de não jogo um espírito lúdico mediante a apropriação e mobilização de conhecimentos e técnicas do design de games.”¹⁸⁷ Como exemplo, pode-se mencionar o aplicativo *Foursquare*, que confere pontos aos usuários conforme fazem “check-in” em cada lugar por onde passam.¹⁸⁸ Os jogos, além de proporcionarem diversão, assumem esse espaço de conectividade social, permitindo que os indivíduos criem laços e compartilhem experiências, sobretudo online.¹⁸⁹

¹⁸⁴ DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁸⁵ Obra referência no assunto é MCGONIGAL, J. **Realidade em jogo**: por que os games nos tornam melhores e como eles podem mudar o mundo. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

¹⁸⁶ Sobre a relação entre a “vida real” e os jogos, é possível mencionar os chamados ‘ARGs’ (Alternative Reality Games), que possuem como função principal a integração entre o cotidiano e os jogos. A partir do exemplo dos jogos de realidade alternativa, torna-se mais evidente como a gamificação se relaciona com a realidade atual: “junto aos ARGs, a gamificação também tem adquirido notoriedade devido às suas tentativas de expandir o espírito do jogo para as demais esferas da vida. Resumidamente, ela consiste no uso de elementos do design de jogos em contextos de não jogo, nos quais, normalmente, sua função é engajar um determinado público-alvo em atividades específicas. Diferentemente dos ARGs, que são considerados “jogos” propriamente ditos, a gamificação consiste na escolha e aplicação seletiva de princípios lúdicos em circunstâncias não lúdica.” Em: CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39, n., p. 228.

¹⁸⁷ CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39, n., p. 228.

¹⁸⁸ CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39, n., p. 228.

¹⁸⁹ MCGONIGAL, J. **Realidade em jogo**: por que os games nos tornam melhores e como eles podem mudar o mundo. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012, p. 23-24.

Nesse processo de “gameificação”, portanto, também as funções dos jogos se multiplicaram.¹⁹⁰ Conforme o conjunto de práticas e atividades relacionadas aos jogos aumentam, exige-se cada vez mais que os usuários acompanhem os sistemas e a circulação de informações ofertadas. Nesse contexto, os jogos oferecem uma verdadeira experiência de aprendizado, a exemplo das interações com a linguagem que proporcionam¹⁹¹ – chegando-se inclusive a falar, no meio acadêmico, sobre a possibilidade de alfabetização por meio dos jogos eletrônicos.¹⁹²

O caráter educativo do jogo, pois, contribui para que cada pessoa seja capaz de decifrar as estruturas e normas da sociedade onde vive – em sentido análogo ao reconhecimento das regras e objetivos dos jogos dos quais participa. A brincadeira, assim, pode ser encarada menos como diversão e mais como a postura que o indivíduo assume perante o mundo: trata-se, afinal, de seus sentidos de exploração, manipulação, improviso, experimentação, de movimento nas estruturas pré-estabelecidas e como se relaciona com essas estruturas. Tem-se uma percepção das interações entre o sujeito-jogador e as regras que constituem determinada sociedade-jogo, em um ambiente propício para que construa seus próprios significados – isto é, tenha uma experiência de aprendizado.¹⁹³

Enfim, com base nessas elaborações, propõe-se pensar sobre como o jogo permite uma reflexão a respeito das interações entre os indivíduos consigo mesmos, entre si e também com a sociedade que os cercam. A partir das teorias aqui mencionadas, entende-se que o jogo – ademais de ser uma atividade voluntária,

¹⁹⁰ Conforme observado por McGonigal: “Na sociedade atual, os jogos de computador e videogames estão satisfazendo as genuínas necessidades humanas que o mundo real tem falhado em atender. Eles oferecem recompensas que a realidade não consegue dar. Eles nos ensinam, nos inspiram e nos envolvem de uma maneira pela qual a sociedade não consegue fazer. Eles estão nos unindo de maneira pela qual a sociedade não está.” Em: MCGONIGAL, J. **Realidade em jogo**: por que os games nos tornam melhores e como eles podem mudar o mundo. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012, p. 14.

¹⁹¹ “Enquanto ramificação da língua-mundo, os jogos (digitais) compõem um domínio semântico que demanda alfabetização e letramentos próprios, posto que apresenta estruturas singulares de decodificação e produção de significados. Nesse sentido, não está em causa apenas uma habilidade restrita aos jogos propriamente ditos, mas à vida em sua totalidade, posto que essa, como vimos, é cada vez mais nutrida por atributos típicos do brincar. Ademais, não convém entender a presença generalizada dos jogos de modo essencialista e maniqueísta, classificá-la como inerentemente boa ou ruim, já que nela cabe toda a sorte de interesses, usos e apropriações.” CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, l. 39, n., p. 230.

¹⁹² CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39, n., p. 231.

¹⁹³ CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39, n., p. 231.

limitada no tempo e espaço e constituída por regras – expandiu-se para esferas muito além da sua função de diversão. Com esses fatores em vista, entende-se cabível um paralelo entre o jogo, mormente nas dimensões que ganha contemporaneamente, representadas na ideia de “gameficação” e a abordagem processual dos conflitos de interesse. Para tanto, necessário antes que se estabeleçam, ao lado desses elementos do jogo – representativos do enfoque zetético que se pretende construir –, algumas premissas acerca do processo civil – em sua perspectiva deontológica.

1.4 O caráter estratégico e instrumental do processo civil

O processo civil se desenrola como um fenômeno dinâmico, em movimento, caracterizando-se pelas complexas teias de relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos que dele participam. Essas teias de relações, por sua vez, estão também envolvidas em teias de finalidades principais e colaterais. Os seres humanos, afinal, racionais – ainda que limitadamente –, orientam suas decisões e comportamentos à obtenção – máxima – de seus fins. Inserido nessa realidade, o direito, voltado à regulação do comportamento humano, não ignora esse caráter finalístico do decidir e do agir.¹⁹⁴

Nesse contexto, não é plausível o entendimento do processo como um fim em si mesmo, isolado de quaisquer outras finalidades diretas e reflexas. Não é logicamente admissível imaginar que determinado cidadão daria início a um processo tão somente com o propósito de exercer seu direito de acesso ao Poder Judiciário, tendo como único pedido o desenvolvimento de todas as fases para que se chegue a uma sentença que declare que o processo ocorreu e chegou ao seu fim. Tampouco é imaginável que o Estado aceite tal cenário. Não é à toa, então, que mesmo a previsão constitucional da inafastabilidade traz em seu seio as noções de lesão ou ameaça a direito.¹⁹⁵ Não é por outra razão que, na esfera

¹⁹⁴ Nessa senda, a empresa, ilustrativamente, é, ao menos no modelo atual, a atividade econômica organizada para – ou seja, com o fim de – gerar a produção ou a circulação de bens ou de serviços (como ostenta o artigo 966, *caput*, do Código Civil) Na mesma lógica, a união estável é configurada como a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (na percepção do artigo 1.723, *caput*, do Código Civil)

¹⁹⁵ Art. 5º, XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

infraconstitucional, estabelecem-se critérios como o do interesse e da legitimidade.¹⁹⁶

Embora pareça óbvia, a consciência de que o processo civil não é um fim em si mesmo não esteve sempre presente na história da ciência processual – vide as distorções características das chamadas fases sincrética e autonomista.¹⁹⁷ Destarte, como modo de superação dessas distorções, desenvolveu-se a concepção de instrumentalidade do processo civil, cuja essencial contribuição é o endereçamento negativo do raciocínio instrumental. Em outras palavras, a partir do entendimento do processo com base em sua instrumentalidade, tem-se a constatação que ele não pode ser interpretado como um fim em si mesmo.¹⁹⁸

No mesmo sentido, ressalta-se que “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego”.¹⁹⁹ É imperioso, portanto, indicar os objetivos e os

¹⁹⁶ Art. 17 do Código de Processo Civil: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Acerca dos critérios, destaca-se que “(...) o interesse de agir concerne à necessidade e à utilidade da tutela jurisdicional pedida pelo demandante. A legitimidade para causa (ou *legitimatio ad causam*), que não se confunde com a legitimidade para o processo (ou *legitimatio adprocessum*, conhecida ainda como capacidade para estar em juízo), concerne à pertinência subjetiva da ação, atine à titularidade (ativa e passiva) da ação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 182.

¹⁹⁷ Cândido Rangel Dinamarco dividiu a história da ciência processual em três fases metodológicas distintas: sincrética, autonomista e instrumentalista. Na primeira fase, predominava a noção de que o direito processual civil só tinha existência quando vinculado ao direito substantivo; o centro estava, portanto, na “ação/exceção”. Já na segunda (autonomista), o processo é inaugurado como ramo autônomo do Direito, de modo que nasce o conceito moderno de “ação”. Essa postura se mostrou, contudo, insatisfatória para produzir justiça, devido a sua excessiva preocupação em identificar o processo de sua perspectiva técnica. Com isso, desenvolveu-se a terceira fase, que se preocupa com a efetividade da tutela jurisdicional e com a concretização do ideal de justiça. O processo, a partir de então, é analisado a partir de seus resultados práticos e de sua capacidade de se adaptar às exigências do direito material, garantindo sua efetiva realização. Cumpre frisar que Daniel Mitidiero sugeriu divisão similar, utilizando-se das seguintes nomenclaturas: praxismo, correspondente à pré-história processual; processualismo, correspondente à modernidade processual; e formalismo-valorativo, correspondente à contemporaneidade processual. Essas concepções serão analisadas em diante. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 315-317; e MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 85-125.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 22-25.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 206.

escopos a serem alcançados por meio do processo civil, no plano da instrumentalidade.²⁰⁰

Retomando algumas reflexões, a todo processo é ínsito, se não um conflito intersubjetivo (um conflito de interesses), ao menos um conflito entre alternativas possíveis, sobre as quais os sujeitos não quiseram ou não puderam decidir. Por isso, espera-se que o processo civil sirva como instrumento destinado à atuação positiva do estado-juiz consubstancialidade em resposta – definitiva, imperativa e inevitável²⁰¹ – para situações incertas.

Situações incertas, na medida em que decorrem – e implicam – uma pluralidade de alternativas, amoldam-se à noção de problema a ser solucionado. Desse modo, na perspectiva processual civil, as respostas e soluções são ofertadas com base na tomada de uma decisão sobre a questão, pelo estado-juiz. Ao fenômeno processual civil é então imanente a natureza conflitiva, ao mesmo tempo em que à jurisdição civil é correlato o poder-dever de decisão.²⁰² A decisão é, enfim, o escopo principal do processo civil: pode-se dizer, por conseguinte, que o processo é o instrumento destinado à prestação da tutela jurisdicional.²⁰³

É com essa abordagem que o trabalho se volta à prudente perspectiva “usual” - representativa dos pilares jurídicos em um enfoque dogmático - na qual ganha relevo a compreensão do processo civil como fenômeno decisório do estado-

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 177.

²⁰¹ Conforme já colocado anteriormente, essas três características representam a decisão ofertada pelo estado-juiz em sua atuação. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 107-115.

²⁰² De acordo com Dinamarco, um dos grandes problemas dos teóricos do direito ao tratar desse tema é a centralidade nas questões e conflitos puramente jurídicos. Para ele, o conceito de lide é eminentemente sociológico e os conflitos de interesse se estendem para além da “Justiça”. É importante também entender o processo dentro da estrutura do poder do Estado, para compreender como se relaciona com os agentes estatais. Portanto, o processo não possui apenas escopos puramente jurídicos – embora essa seja uma de suas facetas relevantes – mas também tarefas perante a sociedade e o Estado. Um processualista completo, pois, precisa ter as três visões do processo: jurídica, política e social – “a visão social e política do fenômeno processual, amparada nessa tendência já definida, pode sugerir válida abertura do leque dos objetivos, para se chegue à visão integral da problemática posta e se possa, afinal, dar-lhe a necessária sistematização.” Em: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 214.

²⁰³ O direito à tutela adequada e efetiva é garantido pelo art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil, na senda do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Importa mencionar, sobre o assunto, que o direito à tutela jurisdicional é efetivado no plano do direito processual, sendo exercido pela propositura da ação; diferencia-se, portanto, da tutela dos direitos, que diz respeito ao plano do direito material (isto é, à procedência da ação). Em suma, então, a ação é o meio para prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva de direito, efetuada mediante processo justo. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 156.

juiz.²⁰⁴ Nessa concepção dogmática, tem-se que a decisão do estado-juiz deve ser – e não tende a ser, como analisada a decisão dos sujeitos em um enfoque zetético aberto à visão econômica – racional. Isso, pois, são sempre os propósitos que conferem racionalidade.²⁰⁵ A decisão do estado-juiz, além de fim, deve ser ela mesma orientada a um escopo. Aqui tem lugar o endereçamento positivo do raciocínio instrumental, em que a ideia de julgamento - fim próximo ou imediato – não basta. Limitar-se a atribuir ao processo o fim de resolver incertezas – ou, mais especificamente, resolver a controvérsia entre as partes em conflito – de forma definitiva, imperativa e inevitável não diz nada acerca do seu modo de ser.²⁰⁶

Nessa senda, não basta reconhecer que o processo civil possui, de fato, um único fim – qual seja, a decisão proferida pelo estado-juiz. Importa entender como esse fim se relaciona aos interesses das partes envolvidas.²⁰⁷ Com efeito, reflete-se

²⁰⁴ Esclarece-se, em relação ao posto, que no âmbito do fenômeno processual civil em si – ou seja, no contexto estabelecido após uma decisão pela submissão de determinada questão ao método institucionalizado jurisdicional –, decidir é inevitável não só para as partes autointeressadas, que tomam decisões, conscientes ou não, sobre as estratégias adotadas, como também para o estado-juiz. Se, por um lado, a percepção da inevitabilidade da decisão das partes é correlata à zetética jurídica porquanto derivada da abertura da reflexão a elementos externos, provenientes do saber econômico, temperado por noções da Psicologia; por outro, a percepção da inevitabilidade da decisão do estado-juiz, mais do que correlata, corresponde à própria noção de dogmática jurídica. O que se pretende dizer com isso é que o enfoque dogmático tem lugar, aqui, não só porque compatível com a lente de controle deontológica escolhida para a perspectiva do estado-juiz. Tem lugar, sobretudo, em razão da adoção de dogmas tem por objetivo, justamente, a solução de conflitos por meio de uma decisão. Com efeito, na construção de Tercio Sampaio Ferraz Junior, pautada na visão do direito – em seu todo e não somente em sua manifestação processual – como um fenômeno decisório, o objetivo da ciência dogmática jurídica é, precisamente, estabelecer condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos. Tais condições são os dogmas, ou seja, os marcos da ordem vigente que não serão questionados. A ideia geral do autor centra-se, portanto, na percepção da decidibilidade dos conflitos como problema central do direito contemporâneo, exigindo, assim, uma ciência prática. Esta ciência prática é dogmática porque se baseia no princípio da aceitação sem discussão dos pontos de partida. A proibição da negação dos pontos de partida (o dogma) obedece a uma razão técnica: a de permitir a decisão com base no direito, que não pode ser posto em questão sob pena de não se alcançar, numa sociedade, a decidibilidade jurídica dos conflitos. Para o autor, o direito não lida, então, com certezas, e sim com as incertezas dos conflitos na vida social. É para lidar com estas incertezas que, no âmbito da ciência jurídica prática, foram elaborados três grandes tipos de dogmática: a dogmática analítica, a dogmática hermenêutica e a dogmática da decisão. Segundo Tercio Ferraz Junior, a astúcia da razão dogmática não elimina as contradições da vida social, mas torna os conflitos delas resultantes passíveis de decisão em termos jurídicos. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 315.

²⁰⁶ Dinamarco pontua que a efetividade do processo consiste em eliminar insatisfações, cumprir com o direito e atingir os ideais de justiça, assegurando o respeito aos direitos e a participação dos indivíduos nos “destinos da sociedade”. Em: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 385.

²⁰⁷ Nesse sentido, destaca-se que o processo civil tem como fim a tutela de direitos em uma dupla direção: “serve de um lado às partes e de outro à administração da justiça civil e à sociedade em

aqui sobre as duas perspectivas nas quais este trabalho se apoia. De um lado, as partes autointeressadas, em seu ponto de vista, integram o processo com o objetivo de ver satisfeitas suas pretensões. O processo, nessa visão, tem como escopo a realização dos interesses particulares dos litigantes. Naturalmente, as pretensões individuais não são – e não devem ser – os únicos fins a que o processo se presta. Pelo contrário, é inevitável mencionar que seus escopos são, primeiramente, a satisfação de interesses públicos.²⁰⁸

Assim, a lógica adstrita ao âmbito endoprocessual não é a que justifica a observação do processo civil segundo a metodologia instrumentalista. A ideia, pelo contrário, é examina-lo “pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social”.²⁰⁹ Em um Estado de Direito, em que a racionalidade da decisão judicial não deve ser orientada, certamente, pelo padrão econômico do autointeresse, a direção a escopos jurídicos, políticos e sociais bem se adequam. Trazem à tona os ideais de bem comum e justiça. A justiça, expressão do bem comum, emerge como escopo-síntese da jurisdição.²¹⁰

Nesse ponto, cabe atentar-se que, ao se colocar a justiça como objetivo-síntese, é preciso compreender sua faceta relativa e cambiante. Isto é, canalizada à realização da justiça, a jurisdição está sujeita às diretrizes políticas assumidas pelo momento histórico.²¹¹ Por conseguinte, os objetivos e funções do processo também

geral.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 148.

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 207-210.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 314.

²¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 184.

²¹¹ Dinamarco trata da relatividade dos escopos jurídicos do processo, que mudam conforme as opções políticas de cada momento histórico. Segundo ele, há uma “relatividade social e política” nas metas buscadas pela Jurisdição. Recentemente, algumas ideias que se colocam sobre os escopos processuais são a “realização da paz social”, a “efetivação da justiça” ou o “bem comum”. Esses são “conceitos plásticos”, que se modelam de acordo com as premissas culturais e necessidades presentes em cada sociedade. Mesmo assim, o autor pontua que a missão permanente do Estado é a busca do bem comum e a prática da justiça. O sistema processual, afinal, tem como premissa que “o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política.” Em suma, “como o escopo-síntese da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a justiça, que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se concede o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade.” É o conceito cultural quem vai definir os significados das expressões de justiça e bem comum, assim como de liberdade e igualdade. Em suma: DINAMARCO, Cândido

perpassam pelas variações de tempo e espaço sendo, assim, dotados de relatividade. Considera-se, nesse passo, que o sistema processual se conecta aos objetivos políticos e sociais de cada sociedade. Por um lado, deve se orientar pelas decisões do Estado quanto a tais objetivos;²¹² por outro, pode servir como instrumento de participação do indivíduos nessas decisões, na medida em que funcione como ferramenta de formulação dos direitos.²¹³ De fato, com base nos preceitos de um Estado de Direito, os escopos do processo civil podem ser elaborados a partir de sua instrumentalidade, comprometida com a efetividade dos interesses públicos.

Nesse aspecto, tratar da instrumentalidade do processo significa reconhecer que ele deve ser apto a cumprir com sua função sócio-política-jurídica, expressas em seus escopos institucionais – isto é, na ótica da “jurisdição”.²¹⁴ A organização do sistema processual a partir de uma perspectiva exterior conduz a um enfoque da jurisdição como uma das funções do Estado, devendo, pois, cumprir os objetivos que lhe são próprios. A esse endereçamento positivo do processo soma-se a sua efetividade, cuja expressão se resume na ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a função que lhe é atribuída, atingindo em toda a plenitude os escopos propostos.²¹⁵

Seus escopos sociais, nesse tema, podem ser resumidos na pacificação com justiça e educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios. Por sua vez, os escopos políticos do processo se relacionam com a afirmação do poder estatal, bem como à propagação da liberdade e da participação democrática.²¹⁶ Não menos relevantes, os escopos jurídicos podem ser entendidos como aqueles que promovem a relação entre o direito material e processo. No enfoque teleológico, tal qual proposto pela fase instrumentalista da ciência processual, essa relação deve se dar de forma a valorizar o caráter publicístico do

Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 216-217.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 207-210.

²¹³ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 101.

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 385-387.

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 319.

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 207-210.

processo na atuação da vontade concreta do direito.²¹⁷ A problemática essencial da efetividade, portanto, é complexa, uma vez em que a superposição de objetivos são inevitáveis.²¹⁸

Em que pese a dificuldade de se lidar com a centralidade dada ao polo da “jurisdição” na visão instrumentalista do processo, incompatível com o equilíbrio entre as posições jurídicas ocupadas pelo estado-juiz e cada qual das partes autointeressadas, suas contribuições lidas à luz da ordem vigente – Estado Constitucional – são úteis.²¹⁹ Não serve, no entanto, por si só, para explicar os marcos adotados em um enfoque dogmático, na medida em que se adequa melhor ao contexto do Estado de Direito clássico do que ao Estado Constitucional, ordem vigente que conduz a construção proposta.

Com efeito, na ciência processual contemporânea, tem destaque a metodologia formal-avaliativa do sistema processual civil, em que o instrumento do processo serve à ordem constitucional. Ademais, o equilíbrio buscado entre a perspectiva deontológica, representada pelo estado-juiz, e a perspectiva ontológica dos sujeitos autointeressados, não pode se dar com a centralidade no polo metodológico da “jurisdição”, devendo-se centrar no polo “processo” porquanto meio termo entre “processo” e “ação/jurisdição”. Nesse sentido, justifica-se aqui a adoção do formalismo-valorativo²²⁰ como base para se pensar a adaptação da Justiça Civil à lógica do Estado Constitucional.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 214.

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 385-387.

²¹⁹ A referência expressa desta pesquisa às ideias centrais da metodologia instrumentalista teve por objetivo, no sentido do todo o posto, fazer notório contraponto à percepção do sistema processual como fenômeno decisório dos indivíduos autointeressados em prol de seus interesses privatísticos. A lógica racional do instrumento, função mediata, modo de exercício e reflexos externos permite pensar a Justiça Civil em termos de efetividade e adequação da técnica. Efetividade e técnica adequada, quando permeadas pelos princípios constitucionais, servem à explicação das premissas postas quanto ao plano deontológico do processo civil. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 85-125.

²²⁰ Daniel Mitidiero, em obras mais recentes, utiliza a expressão formalismo-valorativo para se referir ao que ele chama de “quarta fase metodológica” do processo civil brasileiro, que supera a fase instrumentalista. Para ele, o formalismo-valorativo se sustenta agora como “verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo.” É importante pontuar, sobre o tema, que o formalismo-valorativo não se trata de uma crítica ao instrumentalismo, uma vez que o tem como ponto de partida e referência. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 47.

A percepção da realidade processual a partir da chave do formalismo-valorativo, em comparação com a perspectiva puramente instrumentalista, permite uma mudança de enfoque, que por um lado considere os poderes e deveres dos sujeitos processuais e, por outro, permita que o processo seja analisado a partir dos preceitos constitucionais.²²¹ Afinal, a supremacia da Constituição exige que se interprete o direito e controle a sua validade a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Há, assim, uma dissociação entre texto legal e norma jurídica, exigindo do estado-juiz atividade interpretativa-avaliativa apta a elaborar a norma a ser aplicada conforme os ditames da ordem constitucional. Somente dessa forma é possível vislumbrar o processo como instrumento posto à disposição da Constituição apto a dar tutela efetiva, adequada e tempestiva aos direitos substanciais em particular e à ordem jurídica em geral.

De modo geral, a proposta dessa nova chave interpretativa é que a instrumentalidade – com sua fundamentação a respeito da efetividade dos escopos do processo civil – seja considerada a partir das leituras permitidas pela Constituição Federal. Assim, se no paradigma instrumentalista a Constituição se encontrava em pé de igualdade com o processo civil²²², no ideal formalista-valorativo prevalece a constitucionalização do processo.²²³ A principal consequência desse fator é que a aplicação das normas processuais não é mais automática, e legitimada pelo

²²¹ Ou seja: a doutrina do formalismo-valorativo “encerra movimento cultural que procura impregnar o processo com os valores constitucionais, introduzidos, no texto da Constituição, sob a forma de princípios, e com isso confere caráter axiológico à atividade cognitiva desenvolvida pelos interpretes/aplicadores, realçando a busca pelo justo, o compromisso com a justiça substancial e a visão de que o processo tem dimensão problemática e é instrumento ético, sem deixar de ter estrutura técnica.” Em: MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 89.

²²² Nessa lógica, de império dos valores da doutrina clássica, prevalecia a autonomia teórica do direito processual em relação ao direito constitucional. O processo possuía, portanto, seus próprios escopos metajurídicos e suas normas figuravam como garantias liberais ou sociais. Permitia-se, ainda, a relativização de sua relação com o direito material. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 90-91.

²²³ Nessa nova visão, tem-se a Constituição como fundamento de validade (formal e material) das normas processuais. Desse modo, derivam do texto constitucional preceitos básicos do processo civil, como a boa-fé processual objetiva, o princípio da cooperação, a necessidade de fundamentação analítica, e hermenêuticamente adequada, o princípio do contraditório etc. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 90-91.

princípio da legalidade: tem-se uma realidade que exige a interpretação das normas pelo estado-juiz com base nos ideais promovidos pela Constituição.²²⁴

Ademais da interpretação constitucional no desenvolvimento da atividade cognitiva com carga axiológica pelo estado-juiz, a perspectiva do formalismo-valorativo exige, em função de seu caráter democrático, um procedimento com especial ênfase na participação dos sujeitos na formação da decisão e no seu controle. Ao invés, então, de relegar ao estado-juiz o papel mais relevante da relação processual (localizado no “topo da pirâmide”), essa abordagem permite que haja um justo equilíbrio entre as posições jurídicas das partes e do magistrado, sustentado pelo princípio cooperativo. Nessa concepção em que o equilíbrio adquire suma importância, o tempo do processo deve ser distribuído de modo mais igualitário possível entre as partes e os valores da efetividade e da segurança jurídica são considerados como elementos não-antagônicos e não-suprimíveis do fenômeno processual.²²⁵

Emerge o direito ao processo justo como “princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”.²²⁶ Embora não se possa definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo, é possível identificar em seu perfil mínimo a referida ênfase na participação, especialmente no que diz respeito à divisão do trabalho processual, pautado pela colaboração do juiz para com as partes que, por sua vez, participam do processo em situação de igualdade, por meio de contraditório forte. As decisões, pois, devem ser racionais e o direito ao processo justo constrói o processo civil como palco de discussões, dialógico-argumentativo, inserindo-o no paradigma da linguagem.

Isto é, o ideal equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do réu e do estado-juiz leva à interpretação do processo civil como um ambiente dialógico entre as partes, sustentando – pela perspectiva dogmática - a colaboração no âmbito processual como princípio jurídico. Destarte, a colaboração se pauta em promover

²²⁴ Por se pretender valorativo, o processo civil abre espaço para a atividade cognitiva e executiva, e por vezes até criativa, dos intérpretes e aplicadores do direito. Esse caráter valorativo, a seu turno, é concedido pelas normas constitucionais, ao se imporem como as “normas supremas” do ordenamento jurídico. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 91.

²²⁵ MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 91.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 153.

um estado das coisas que visa a atingir o escopo processual²²⁷ de realização dos ideais constitucionais, pelo proferimento de uma decisão justa e adequada.²²⁸ Essa é a proposta do novo modelo cooperativo de processo civil, concretizado, sobretudo, a partir do atual Código de Processo Civil:²²⁹ tem-se como fundamento político a participação das partes, com o poder exercido da forma dialogal.²³⁰

Nesse panorama, o chamado modelo cooperativo²³¹ tem como seu principal pilar o princípio da cooperação, cuja função é organizar a participação do juiz e das partes no processo de modo mais equilibrado. Da perspectiva social, reinventa-se o papel do juiz, para que, no advento do Estado Constitucional, assuma a função de diálogo e proveito mútuo com as partes, respeitando a feição argumentativa que fornece protagonismo também aos particulares. Considera-se, ainda, o caráter ético desse princípio, ao se proclamar um processo orientado para a aproximação da verdade (na medida do possível) e pautado na observância da boa-fé objetiva.²³² Diante desses pressupostos, a construção doutrinária dos deveres cooperativos tem como ênfase a postura de auxílio do estado-juiz. A colaboração, enfim, se organiza

²²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012, p. 71.

²²⁸ “A razão pela qual a doutrina impõe a observância do direito ao processo justo como condição de validade do processo no Estado Constitucional é bastante conhecida – a sua observação é condição necessária e indispensável, embora não suficiente, para obtenção de decisões justas. Trata-se de imposição inerente a qualquer espécie de processo – seja civil, trabalhista ou penal. Dentre os seus elementos essenciais, consta o direito à colaboração no processo, que impõe ao juiz um duplo papel na sua condução: paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão.” MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012.

²²⁹ O artigo 6º do Código de Processo Civil prevê que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, fundamentando, então, a decisão adequada no estado-juiz como finalidade do princípio da cooperação. Ainda, ao longo do texto legislativo, encontram-se exemplos dos deveres de cooperação. Por exemplo, o artigo 321 “impõe ao juiz, quando da necessidade de emenda à inicial, indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. No processo de execução, o artigo 772, inciso II, prevê “um dever de prevenção das partes a respeito de conduta potencialmente atentatória à dignidade da justiça”. Ademais, o artigo 10 determina “a vedação à decisão surpresa (como exemplo didático do dever de consulta), mesmo em matéria cognoscível de ofício”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 244.

²³⁰ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 237-238.

²³¹ O modelo de processo civil no Direito brasileiro é chamado de *modelo cooperativo*, uma vez que pautado na colaboração do juiz com as partes. Esse modelo surge como resposta ao problema central da “equilibrada organização do formalismo”; isto é, procura organizar a “divisão do trabalho” entre os atores processuais. MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012.

²³² MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012, p. 70-71.

como a previsão de regras e comportamentos que devem ser adotados pelo magistrado na condução do processo.²³³

É nesse contexto que ganha destaque a atuação do estado-juiz frente à atuação estratégica das partes, a qual deve ser orientada pelo modelo da colaboração e se dar de forma fundamentada. Oportuno mencionar que a temática – decisão jurisdicional – ganha relevo não só para este trabalho, como também se encontra no centro da reflexão jurídica contemporânea.²³⁴ Tal método racional visa a atender a exigências democráticas, de coerência, integridade do direito e aceitabilidade.

Nessa medida é necessário que a decisão judicial tenha consistência interna e externa, bem como aplicabilidade universal, tornando possível a distinção entre argumentos “racionais” e “irracionais”. São teorias que, portanto, centram-se em critérios normativos de correção das justificações internas e externas à racionalidade prática que pautam a presente pesquisa. Opta-se pelo critério da fundamentação racional e jurídica – ou seja, da decisão justificação em termos que não são nem irracionais e nem arbitrários – em razão de sua adequação ao ideal democrático, pois propõe reflexão sobre discursos jurídicos adequados e aceitáveis no contexto do Estado Democrático de Direito em que se espera que os cidadãos sejam participantes e não meros expectadores da aplicação.

²³³ Nesse tema, Mitidiero identifica quatro principais deveres do estado-juiz para concretizar o princípio da colaboração: esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Explica o autor: “O *dever de esclarecimento* constitui ‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo’. O de *prevenção*, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. O de *consulta*, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O *dever de auxílio*, ‘o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais’”. Em: MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012, p. 72.

²³⁴ Nesse passo, salienta-se que a indeterminação das normas jurídicas, a posituação de valores e o estudo dos princípios como elementos centrais no direito levaram à juridicização de questões antes confinadas à esfera política. Assiste-se, assim, a juridicização da política e, de modo mais desconfiado, à politização da justiça. Ademais, a preocupação com um sistema de controle concentrado de constitucionalidade e, paralelamente, com um sistema de precedentes exige a discussão de métodos comuns de raciocínio jurídico. A decisão judicial nunca ganhou tanto destaque. JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 17-25.

Outrossim, o ideal de pacificação com justiça²³⁵, mormente quando somado ao plano da efetividade ligada à amplitude de acesso²³⁶, contextualizada no plano do Estado Constitucional, sustenta-se como possível e desejável (embora não direta) consequência da aplicabilidade desse novo modelo processual. Explica-se melhor: a decisão permite, em certa medida, a pacificação jurídica dos conflitos levadas ao estado-juiz, no sentido de que oferece uma solução jurídica - dotada de caráter definitivo, imperativo e inevitável - para os problemas enfrentados pelas partes. Essa decisão, todavia, nem sempre proporciona uma pacificação dos conflitos em sua esfera social, por mais desejável que seja esse resultado.²³⁷

Destarte, quando é necessária a estabilização dos conflitos por meio da imunização da decisão - que o responde em sua forma jurídica - a essência é a tutela do direito.²³⁸ O fenômeno processual civil configura-se, pois, em sua essência, tutela justa adequada e tempestiva do direito conforme o direito justo. Demais objetivos – inclusive a pacificação social - podem ser vistos tão somente como consequência do exercício da jurisdição nesses moldes. Por conseguinte, não se

²³⁵ Noutra senda, é possível falar que a pacificação social pode ser atingida por meio de uma abordagem consensual dos conflitos. Nesse contexto, considerar a pacificação a essência, e não a consequência, melhor se adequa às técnicas autocompositivas, uma vez que a pacificação não se dá em decorrência da imunização da decisão que tutela o direito, a qual independe de consenso. Pelo contrário, dá-se exatamente pelo consenso. O consenso pode ser obtido pelos próprios envolvidos, como resultado de uma abordagem cooperativa, regulamentada ou não, ou facilitado pela intervenção de um terceiro no plano extraprocessual ou endoprocessual. Naquele se inserem os meios extrajudiciais de gestão de conflitos, entendidos não só como exteriores ao Poder Judiciário como também opções “extras” que se somam à via adjudicatória na oferta de Justiça. Nesse, inserem-se as possibilidades de autocomposição ao longo do desenrolar do “processo”. Destaca-se, ainda, que, no cenário constitucional, o consenso obtido acerca da situação conflituosa real deve ser genuíno. Caso contrário, não se teria pacificação social justa. Consenso genuíno exige – e objetiva – diálogo.

²³⁶ Cumpre comentar que, com a inserção do sistema processual civil no Estado Constitucional, o que se busca é a tutela dos direitos conforme os princípios constitucionais norteadores de toda a ordem jurídica. Em uma ordem constitucional, o acesso à justiça, garantia máxima dessa ordem, não pode ser compreendida de forma restritiva. O acesso à justiça, compreendido em sua expansão máxima, não pode se limitar à garantia de levar todas as mazelas ao Poder Judiciário.

²³⁷ Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, acerca da mesma temática: “É costume relacionar a jurisdição com a função de pacificação social. Essa ideia circula no Brasil, ainda que a pacificação social, em boa lógica, apenas possa ser uma consequência do exercício da função jurisdicional. De qualquer forma, o equívoco em relacionar jurisdição com pacificação social não está somente na circunstância de se estar diante de consequência e não de essência. O real problema é o de que a simples alusão a ‘pacificação social’ não permite identificar o modo como o poder é exercido para obtê-la.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 87.

²³⁸ MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 85-125.

pode identificar a jurisdição social a partir da ideia de pacificação social²³⁹, consequência e não essência. A leitura teleológica do processo, no Estado Constitucional, só pode assumir o sentido de que é o processo “meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição”.²⁴⁰

²³⁹ Tal resultado, inclusive, pode ser obtido por outros meios capazes de oferecer resposta ao conflito e de subordinar o vencido. É, contudo, “evidentemente incapaz de exprimir a essência da jurisdição do Estado constitucional.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 87.

²⁴⁰ Assim, a fase-metodológica formal-valorativa se explica como marco na medida em que insere o sistema processual civil no âmbito da ordem vigente – Estado Constitucional – e no contexto em que se insere a pesquisa – efetiva tutela (jurisdicional) dos direitos. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 85-125.

CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

A arte de recuar é tão importante quando o ímpeto de avançar. Em que pese senso comum, a proposição parece compatível com as bases metodológicas da pesquisa científica. De fato, quando se as considera, ponderações intermediárias que retomem as questões que se pretende verificar e avaliem se o caminho que vem sendo desenvolvido indica sinais de se mostrar, ao final, apto, podem ser recomendáveis. Afinal de contas, mesmo ao senso comum, avanço sem ponderação parece mais imprudência do que ousadia.

Dessa forma, cumpre lembrar que ao tema da “verdade no processo civil” se colocaram questões que exigiram a sua ampliação para o tema-problema “o processo civil como um jogo de verdade ou consequência”. Foi em razão desses obstáculos que se optou por abrir a reflexão a influxos de outras ciências, que não só a jurídica, possivelmente mais adequadas à compreensão do “processo civil” na perspectiva das partes – e não só na perspectiva do estado-juiz.

Assim, retoma-se que já se abordou as categorias “jogo” e “processo civil”. Enquanto este último, que já integrava o tema inicial, serviu de *locus* para ponderações acerca da deontologia do processo, em uma perspectiva, portanto, dogmática; aquele primeiro, decorrente da expansão do objetivo de pesquisa, deu lugar à visão econômica. Bases econômicas nos permitiram compreender que não se pode esperar, da prática das partes, natural comprometimento com a dimensão epistemológica do processo porquanto autointeressadas. Nessa medida, pode-se esperar atuação estratégica, conformada pela relação de interação com as demais partes e pelo arranjo institucional do contexto em que atuam, ressaltados alguns temperamentos correlatos à limitação da racionalidade econômica e às pressões psicológicas. A atuação estratégica das partes exigiu a exposição de alguns conceitos da ferramenta microeconômica da teoria dos jogos porquanto centrada, justamente, em situações interacionais nas quais os sujeitos envolvidos reconhecem a interdependência mútua de suas decisões.

Por fim, na medida em que a pesquisa se comprometeu a se abrir não só ao instrumental econômico como também a influxos de outras áreas, como a sociológica e a psicológica, evidenciado que à construção jurídica proposta servem noções econômicas, mas aquela se sustentaria independentemente dessas,

apresentou-se a ideia contemporânea de “gameificação”. Representativa de uma visão sociológica dos jogos na cultura humana, permite a identificação de características úteis ao entendimento da atuação interacional e limitada por arranjos institucionais, ou seja, pelas “regras do jogo”, das partes autointeressadas, independentemente do recurso à racionalidade econômica.

Nesse momento, portanto, cabem algumas reflexões a partir das bases delimitadas, voltadas à construção do processo civil como um jogo. Nesse intento, e considerando que as escolhas sempre se impõem à finitude dos seres humanos e, logo, às suas pesquisas, optou-se por, a partir da ideia contemporânea de “gameificação”, fixar os caracteres estratégico e institucional do fenômeno processual civil. Isso, por já se poder ter percebido no próprio modelo de racionalidade – limitada – como se vislumbrar tais características a partir da ciência econômica. Dessa forma, com o objetivo específico de considerar o obstáculo do pouco comprometimento da prática jurídica com a “verdade no processo civil”, o trabalho faz uso, nesse momento, da metodologia da análise sociológica do direito, viabilizando o uso da ideia contemporânea de “gameificação” como “fundação” da construção “processo civil como jogo”. Paralela e complementarmente, como objetivo específico de refletir sobre o questionamento acerca da preponderância do princípio da verdade no âmbito da Justiça Civil, utiliza-se, nesse momento, da análise econômica do direito como método útil ao emprego do instrumento da teoria dos jogos na investigação sobre “qual é o jogo do processo civil”.

Com isso, pretende-se delimitar o “processo civil” adequado à análise do tema “verdade no processo civil” nos moldes almejados: inclusivos da realidade como efetivamente se dá, e não somente de como muito supostamente deveria dar-se, sem que se ignore, no entanto, a perspectiva da tutela dos direitos. O objetivo dessas considerações intermediárias, portanto, é entender em que contexto a “verdade no processo civil” importa e, nesse passo, em que grau importa, considerada a tensão entre a perspectiva deontológica da dogmática jurídica, ilustrada pela figura do estado-juiz, e a perspectiva ontológica da zetética jurídica, representativa dos sujeitos/partes autointeressadas.

A metáfora do processo civil como jogo

A começar, cumpre comentar que, ao se pensar o processo civil a partir da metáfora do jogo, não se pretende esgotar suas possibilidades. Reconhece-se que, por mais útil que seja a metáfora para refletir sobre as problematizações elencadas por este trabalho, ela pode também trazer limitações, que apontam para a própria dificuldade de se lidar de modo satisfatório com todos os dilemas e preocupações do processo civil. Desse modo, indica-se que o escopo aqui, para além de oferecer categorias úteis de análise do tema da verdade, não é reduzir todas as complexidades do processo à metáfora do jogo.

Em geral, pretende-se encarar o processo civil por seu duplo caráter, bélico e lúdico, nos mesmos termos explorados pelos autores das teorias dos jogos.²⁴¹ Isto é, considerá-lo como uma verdadeira batalha competitiva – *âgon* –, bem como ressaltar seus elementos de simulacro. É oportuno salientar, inclusive, que a aproximação entre jogo e direito vai muito além das possibilidades envolvendo o processo civil. Já Thomas Hobbes recorria à “comparação entre as normas jurídicas e as regras do (jogo de) críquete”.²⁴²

Nota-se, nessa linha, que independentemente da categoria eleita como ponto de partida, tal aproximação constantemente é notada. Se Hobbes buscou no jogo explicações para o seu objeto de estudo – a sociedade civil e as normas jurídicas – Johan Huizinga não deixou de recorrer ao direito na abordagem do seu ponto de partida – o jogo como função da cultura.²⁴³ Adotando-se como marco

²⁴¹ Rafael de Abreu desenvolve: “Os elementos da competição, da aleatoriedade e da representação estão presentes na realidade processual. Em maior ou menor medida, a competição é inerente à estrutura dialética do processo, o elemento da *álea* está presente em situações envolvendo composição de tribunais e, até mesmo, tempo de tramitação de um processo em um ou outro órgão judiciário, e o elemento da representação encontra eco nas características quase teatrais e rituais dos processos antigos e nas reminiscências da tradição jurídica como o jargão, as vestes talares ou a própria formalidade das audiências”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 354.

²⁴² Observação de Gregorio Robles em entrevista concedida a: SCRIBONI, Marília. Direito e críquete: “a estrutura dos jogos e a do Direito são as mesmas”. In: **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-13/entrevista-gregorio-robles-estudioso-teoria-comunicacional-direito>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

²⁴³ De acordo com Johan Huizinga, à primeira vista, o jogo parece se distanciar do direito, da justiça e da jurisprudência, porque essas noções estão relacionadas à seriedade e à busca dos interesses do indivíduo e da sociedade. Contudo, “a possibilidade de haver um parentesco entre o direito e o jogo aparece claramente logo que compreendemos em que medida a atual prática do direito, isto é, o processo, é extremamente semelhante a uma competição, e isto sejam quais forem os fundamentos

teórico, então, a teoria sociológica dos jogos – e não a matemática – é possível estabelecer distanciamentos e aproximações entre jogo e direito. Se o direito material parece indicar mais distanciamentos, mormente no que tange à aparente falta de seriedade do jogo²⁴⁴, o direito processual apresenta inegáveis aproximações.

Conforme posto, para Huizinga, uma das características fundamentais do jogo é a sua liberdade.²⁴⁵ Por seu turno, Gregorio Robles, também ao se debruçar sobre os elementos que caracterizam os jogos, elenca o procedimento da ação, vinculando-o à liberdade. Para Robles, é o procedimento, em sua essência, uma negação da liberdade, uma vez em que não se é livre para deixar de cumprir o procedimento; paradoxalmente, é ele quem torna a liberdade viável. Afinal, “no jogo a liberdade apenas é possível porque há jogo, isto é, porque há – entre outras coisas – procedimento. Se não houvesse procedimento não haveria tampouco jogo, e muito menos seria possível a liberdade no jogo”.²⁴⁶

No âmbito específico do direito, a existência de procedimentos, regras e do próprio ordenamento jurídico – por mais que restrinja a liberdade dos indivíduos de agirem da maneira como desejarem em todas as circunstâncias – é uma garantia de que alguma liberdade se terá. Como proposto pelos autores clássicos da teoria do direito, principalmente por Hobbes, os seres humanos são naturalmente competitivos e, por isso, necessitam da segurança provida pela sociedade civil e, no mesmo passo, pelo Estado.²⁴⁷ Destarte, a regulamentação e pacificação dos conflitos pela Justiça Civil – e pelo ordenamento jurídico como um todo – serve à

ideais que o direito possa ter”. Em: HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. 4 ed. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 59.

²⁴⁴ Para Johan Huizinga, o direito conserva o competitivo e o lúdico do jogo, “elevados àquele plano de seriedade sagrada que toda sociedade exige para sua justiça”. Em: HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. 4 ed. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 59.

²⁴⁵ Na mesma direção, Roger Caillois estabelece que, embora limitado por regras, o jogo, em geral, permite que os jogadores tomem as próprias decisões de forma livre; ademais, possuem liberdade para adentrar do jogo – e, na maioria das vezes, retirar-se dele quando desejarem. CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. 5 ed. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 13-109.

²⁴⁶ ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito**. Trad.: Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 81.

²⁴⁷ Em sua obra “O Leviatã”, Thomas Hobbes estabelece que o conflito é parte da natureza humana, na qual existem três causas principais de disputa: “competição, desconfiança e glória. A competição impulsiona os homens a ser atacarem para lograr algum benefício, a desconfiança garante-lhes a segurança e a glória, a reputação. (...) Por isso, quando não existe um poder capaz de manter os homens em uma atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos”. Em: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Rosina D’Angina. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 104.

tutela dos direitos – justiça – e à preservação das liberdades humanas.²⁴⁸ A ausência desse poder que controle os impulsos competitivos e até mesmo violentos do ser humano pode levar à resolução dos conflitos pela força ou pela dominação dos socialmente avantajados em razão de outros atributos como riqueza ou astúcia.²⁴⁹

Desse modo, um dos legados da ciência processual no que tange à compreensão do processo civil é estabelecer a sua “liberdade e forma como controle de poder”.²⁵⁰ O processo, nessa ótica, serve como instrumento para resolver os conflitos sociais, por meio do exercício do poder estatal que restringe a liberdade dos indivíduos de buscarem defender os seus interesses pela violência e dominação, ao mesmo tempo em que preserva a liberdade de não sofrerem violência nem serem dominados. Os conflitos e impulsos competitivos, assim, são regulamentados e restringidos pelas regras processuais.

Nesse ponto, a aproximação com o jogo parece clara: o processo é um ambiente à parte, com regras próprias, que permitem às partes resolverem suas crises de cooperação que não puderam ser solucionadas na “vida real”.²⁵¹ Retomando-se as contribuições já expostas da teoria – ou das teorias – sociológica dos jogos, relembra-se que, na concepção de Huizinga, além da liberdade, também é fundamental que o jogo seja um escape da vida real, configurando-se como atividade temporária, delimitada não só no tempo, como no espaço, e por regras.²⁵²

²⁴⁸ Interessante, nesse contexto, a colocação de Fernando Araújo: “Lembremos que não existe verdadeiramente liberdade econômica senão dentro de um determinado quadro normativo e institucional, um quadro que assegure justiça e segurança nas trocas, promovendo ainda, sempre que o mercado ‘falha’, a eficiência do circuito econômico”. Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 50.

²⁴⁹ Novamente, cabe lembrar o clássico pensamento de Thomas Hobbes: “a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado. (...) Em virtude da autorização que cada indivíduo dá ao Estado a usar todo o poder e a força, esse Estado, pelo temor que inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. A essência do Estado consiste nisso e pode ser definida como uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira como achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”. Em: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Rosina D’Angina. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 140.

²⁵⁰ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 96-97.

²⁵¹ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (Coord.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., p. 125-284, 2012, p. 178.

²⁵² Ao pontuar as relações entre jurisdição e jogo, Huizinga comenta que “a competição judicial está sempre submetida a um sistema de regras restritivas que, independentemente das limitações de

São as regras que “determinam a validade das ações praticadas no âmbito limitado, efêmero e fictício do jogo”.²⁵³

O jogo, na medida em que funciona como escape da vida real, “proporciona uma evasão temporária para uma esfera de atividade com regras e orientações que, além de específicas, diferem-se daquelas perpetradas no cotidiano”.²⁵⁴ Nessa questão, também Roger Caillois enxerga a aproximação do jogo com o direito em sua faceta prática, ou seja, com o processo. Para o autor, o processo tem muito do jogo em sua modalidade *mimicry*, porquanto o julgamento tem lugar num recinto de justiça, segundo um cerimonial invariável, que não deixa de lembrar o espaço do jogo, apartado do espaço restante.²⁵⁵

Pode-se dizer, portanto, que espaço, tempo e regras são características marcantes do jogo – e do processo – também na teoria de Caillois. Com efeito, jogo, para o sociólogo francês, é definido da seguinte forma: uma ocupação separada, cuidadosamente isolada do resto da existência, e realizada, em geral, dentro dos limites precisos de tempo e lugar em que o *ludus*, entendido como subordinação às regras emerge como complemento e adestramento da *paidia*.²⁵⁶ Nota-se que a definição, embora se refira ao jogo, aproxima-se muito da ideia que tem de processo civil.

Em que pese a noção de *paidia* – ou diversão – não parecer compatível com o âmbito do processo civil²⁵⁷, pode-se fazer aqui construção no sentido de que o *ludus*, entendido então como subordinação às regras, emerge como complemento e adestramento do aspecto agonístico do processo. Quer a partir das características essenciais do jogo estabelecidas por Huizinga, quer da classificação de Caillois,

tempo e de lugar, colocam firme e inequivocamente o julgamento no interior do domínio do jogo ordenado e antitético”. Em: HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. 4 ed. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p.60.

²⁵³ LOPES, Péricles da Cunha. O jogo do direito. In: **Percorso Acadêmico**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, v. 7, p. 154-178, 2017, p. 160.

²⁵⁴ LOPES, Péricles da Cunha. O jogo do direito. In: **Percorso Acadêmico**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, v. 7, p. 154-178, 2017, p. 158-159.

²⁵⁵ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. 5 ed. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 13-109.

²⁵⁶ CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes: le masque et le vertige**. 5 ed. Paris: Librairie Gallimard, 1958, p. 13-109.

²⁵⁷ Lembrando-se também que nas concepções contemporâneas – sobretudo as pensadas a partir da “gameificação” – nem sempre jogo será sinônimo de diversão, uma vez que suas fronteiras foram dissolvidas para muitos outros aspectos da vida cotidiana.

especificamente em se tratando dos jogos na modalidade *agôn*²⁵⁸, a característica da competição emerge como essencial. É a partir de tal atributo que se pode compreender – metaforicamente – o processo civil como duelo ou como jogo lúdico, especialmente quando se lembra da sua instrumentalidade, considerada a perspectiva ontológica das partes autointeressadas: têm o fim de vencer.²⁵⁹

De fato, viu-se que independentemente dos fins que a ciência processual atribua ao processo civil, as partes agem de modo autointeressado para que sua pretensão seja acolhida. Nas palavras cotidianamente usadas, as partes querem ganhar o processo. Como pontua Piero Calamandrei, frequentemente no processo civil o que importa não é tanto a justiça, e sim a vitória.²⁶⁰ Na prática, o processo se torna, para as partes, um jogo a ser vencido – mesmo que seu escopo, deontologicamente falando, não seja esse.

Nessa medida, emerge como central a consideração do caráter competitivo do processo civil, sob pena de se construir normas e teorias a partir de – e para – uma realidade que não é factível sequer no consciente partilhado, mesmo se restrito ao âmbito da prática jurídica. Não é cabível, nesse passo, negar o elemento da competitividade, cuja ênfase acarretou o surgimento da metáfora do processo como jogo de caráter bélico.²⁶¹ Tal metáfora significa, de modo geral, que se tem uma

²⁵⁸ Deixa-se de fora as categorias “vertigem” e “sorte”, elaboradas por Caillois. Embora qualquer decisão possa ser dada com base na aleatoriedade (jogando-se uma moeda, dados ou se realizando um sorteio), não parece que a resolução de um conflito levado à Justiça Civil a partir dessa premissa traga a tutela do direito ou consenso genuíno. Por outro lado, conforme já posto, é possível haver elementos aleatórios no processo civil, como a composição de tribunais, mas não são relevantes para a análise que aqui se faz. Portanto, a *álea* é excluída. Na mesma senda, a categoria “vertigem” não é aqui considerada, sobretudo porque implica em uma situação de jogo do indivíduo consigo mesmo, não se relacionando com o processo civil.

²⁵⁹ O caráter agonístico – ou competitivo/bélico – do processo civil se caracteriza pela busca de vitória das partes. Becker observa, contudo, que isso não significa que a ética é deixada de lado. O jogo bélico não é um jogo em que “vale tudo”, ele ainda segue as regras previamente estabelecidas – que, no processo civil (assim como no jogo de xadrez e damas), inclui as regras éticas. BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (Coord.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., p. 125-284, 2012, p. 166.

²⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, v. 7, p. 191-209, 2002, p. 193.

²⁶¹ Tal percepção tem, inclusive, motivos históricos. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, na idade medieval europeia, era comum que os litígios fossem resolvidos por meio do “duelo judiciário”, no qual os indivíduos – revestidos de formalismo ritualístico – duelavam com espadas e bastões para decidir seus conflitos. O autor comenta, nesse sentido, que, no duelo, o vencedor costumava ser aquele que possuía maior habilidade; e que “em manifesta conexão com esse fenômeno, acostumamo-nos, há bastante tempo, à ideia de que o sucesso de um pleito deve relacionar-se com a eficácia dos argumentos que sustentam as pretensões dos litigantes”. Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, p. 115-125, 2003, p.116.

competição entre os interesses divergentes das partes, ponderada pelo estado-juiz – cujo objetivo, lembre-se, é por sua vez satisfazer o interesse da justiça.²⁶²

Essa competição, porém, muitas vezes assume uma feição manifestadamente bélica, na qual “o choque de espadas é substituído, com civilidade, pela polêmica dos argumentos”.²⁶³ A partir da aplicação dessa construção à teorização do cariz estratégico do fenômeno processual civil²⁶⁴, é viável elaborar que o aspecto competitivo do processo pode implicar a adoção de duas estratégias: a destrutiva e a construtiva, conforme os termos já vistos da teoria sobre o conflito social de Morton Deutsch.²⁶⁵

As partes podem optar, então, em primeiro lugar, pela adoção de uma estratégia destrutiva, a exemplo do *game of wits*. O chamado *game of wits* é um jogo de estratégia utilizado pelos advogados no contexto do *common law* norte-americano. Consiste, em termos gerais, em uma sequência de artimanhas para surpreender a parte contrária, prejudicando suas possibilidades de defesa.²⁶⁶ Nessa forma de compreender o jogo competitivo, a lógica é que ganha aquele que souber melhor raciocinar e persuadir o juiz de sua argumentação, adotando a estratégia mais benéfica para a vitória. O processo se transforma em um “jogo sutil de engenhosos raciocínios”, manifesto pelo princípio da dialeticidade.²⁶⁷ O problema de se admitir que essa abordagem prevaleça é que se aceita também que o resultado do processo não esteja tão comprometido com a justiça: o processo civil é um jogo

²⁶² Nesse sentido, tem-se, portanto, o fenômeno processual civil como jogo em duas facetas: a da competição – instituída pelas partes autointeressadas em sua perspectiva ontológica – e a das “regras do jogo” – impostas pelo ordenamento jurídico e pelo estado-juiz em sua perspectiva deontológica.

²⁶³ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 7, p. 191-209, 2002, p. 194-195.

²⁶⁴ Calamandrei comenta que, para se jogar o jogo do processo civil, não basta aprender as regras, é preciso praticar, vê-lo funcionando na prática – é preciso, enfim, ter estratégia. De acordo com o autor: “A razão pela qual sair da Universidade com licenciatura em Processo Civil, conseguida com conceito máximo e nota de louvor, não basta para tornar os advogados sagazes e eloquentes é muito similar, psicologicamente, àquela razão de comum experiência pela qual ninguém se torna hábil enxadrista unicamente por ter decorado um manual com as regras do jogo de xadrez”. Em: CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 7, p. 191-209, 2002, p. 191.

²⁶⁵ DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32.

²⁶⁶ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 425-444, 2015, p. 431.

²⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 7, p. 191-209, 2002, p. 197.

de forças, em que o melhor estrategista – nem sempre de forma completamente honesta – ganha.²⁶⁸

Noutra senda, pode-se incentivar a adoção de uma estratégia cooperativa-construtiva pelas partes. Tal incentivo não pode ignorar que o princípio da cooperação deve ainda ser entendido como parte do comportamento estratégico dos litigantes – isto é, como componente que continua a integrar a esfera da competição. Destarte, cooperar pode se tratar de uma escolha voluntária da parte autointeressada, para que obtenha a máxima vantagem, sem prejuízo de suas chances de vitória.

Não se desconhece, contudo, que esse comportamento não é, por si próprio, determinante do resultado do processo: como qualquer outro jogo, o resultado depende de um conjunto de fatores, sendo o comportamento dos agentes evidentemente uma questão que influencia. Assim, na medida em que se percebem os “comportamentos de cooperação, competição, luta e conflito, em que o resultado não depende somente de sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz”²⁶⁹, pode-se compreender o processo como jogo de linguagem.

Ao se pensar nos argumentos das partes, a possibilidade de se compreender a metáfora do processo civil como jogo de linguagem ganha destaque.²⁷⁰ A proposta, então, é analisar brevemente essa metáfora tendo em vista

²⁶⁸ Nesse sentido, observa Piero Calamandrei: “afortunada coincidência é aquela que se verifica quando, entre os dois litigantes, o mais justo é também o mais hábil. Porém, quando em certos casos (e queremos acreditar que em raros casos) esta coincidência não ocorre, pode suceder que o processo, de instrumento de justiça feito para dar razão ao mais justo, transforme-se num instrumento de habilidade técnica, feito para dar a vitória ao mais astuto”. Em: CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 7, p. 191-209, 2002, p. 197. O problema, portanto, de se admitir que a mencionada abordagem prevaleça, é admitir também que o convencimento do estado-juiz não decorra “da coerência dos conceitos ou do conteúdo da razão, e, sim, da habilidosa ordenação das palavras, do ludo verbal, ao modo dum passe de mágica, que distrai, engana e ilude”. MOISÉS, Massaud. **Fernando Pessoa: o espelho e a esfinge**. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 102.

²⁶⁹ ROBLES, Gregorio. **La justicia en los juegos**. Madrid: Trotta, 2010, p. 8.

²⁷⁰ Sobre o assunto: “Sem dúvida, o direito, num sentido que nada tem de depreciativo, assemelha-se a uma espécie de jogo. A característica do jogo é possuir um sistema de regras próprias que fornecem um quadro de referência e um significado final no âmbito desse quadro de referência. Qualquer jogo desse tipo emprega um certo número de conceitos ou noções gerais, que são convencionais no sentido de que seu significado e função foram arbitrariamente definidos pelas regras do jogo, mas que podem funcionar de maneira perfeitamente significativa desse particular linguístico”. Em: LLOYD, Dennis. **A ideia da lei**. 2 ed. Trad.: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364-365. Não serão objeto os jogos de linguagem nos moldes propostos por Ludwig Wittgenstein, porquanto expandiriam demasiadamente a pesquisa. Acerca do tema, indica-se, por todos: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

a aproximação feita por Gregorio Robles entre jogo e direito.²⁷¹ A colocação do autor permite retomar a argumentatividade do processo civil, considerada a perspectiva ontológica das partes autointeressadas: usam por meio – para atingir os seus fins de vitória –, a persuasão. É nesse cenário que importa pensar no processo não apenas como um jogo competitivo regulamentado por regras, como também de linguagem e argumentação.

Na concepção de Robles, o direito se manifesta por meio da linguagem, que é o ponto de partida de qualquer reflexão jurídica. O direito é um conjunto heterogêneo de procedimentos de comunicação: as decisões, então, no curso processual, sempre implicam comunicação.²⁷² Nessa senda, cada parte adota sua própria estratégia para obter a decisão desejada, e essa estratégia é basicamente argumentativa, pensada com o intuito de persuadir, convencer e atingir o estado-juiz da maneira que entender mais efetiva e adequada.

Afinal, em relação à decisão, importam os argumentos, uma vez que o juiz não é “uma daquelas maquinetas automáticas nas quais basta introduzir de um lado uma moeda para que do outro, saia o pacote belamente confeccionado”.²⁷³ A fim de que a demanda seja acolhida ou rejeitada, os argumentos são filtrados pelo estado-juiz. Isto é, não basta que sejam convincentes ou que a parte seja dotada do melhor arsenal jurídico: importa que os direitos pleiteados estejam tutelados pelo ordenamento jurídico. Por isso, não se pode desconsiderar nenhum desses fatores ao se falar no resultado do processo: tanto a força de convencimento das partes, quanto as balizas jurídicas do desenho constitucional são relevantes.²⁷⁴

²⁷¹ A aproximação entre direito e jogo proposta por Gregorio Robles se dá, justamente, a partir da linguagem. ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad.: Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

²⁷² ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad.: Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011. Na mesma direção, Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que o caráter comunicativo do direito e, conseqüentemente, do processo, ao afirmar que direito é “fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam (...) isto é, troca de mensagens entre seres humanos”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 109.

²⁷³ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. **Revista Gênese**, Curitiba, n. 23, p. 191-290, 2002, p. 192.

²⁷⁴ “A sentença não é, portanto, o produto automático da aplicação das leis aos fatos, mas é a resultante psicológica de três forças em jogo, duas das quais, buscando cada uma puxar à sua própria direção a terceira, desenvolvem entre elas uma competição cerrada que não é feita somente de boas razões, como também de habilidade técnica de fazê-las valer.” Em: CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. **Revista Gênese**, Curitiba, n. 23, p. 191-290, 2002, p. 193.

Em suma, diante dessas considerações, importa a vinculação contemporânea entre jogo e linguagem – por meio dos jogos de linguagem – para que se entenda o caráter argumentativo do fenômeno processual civil, em seu aspecto persuasivo, vinculado à estratégia da parte ou das partes autointeressadas, e em seu aspecto justificatório, vinculado ao caráter institucional do estado-juiz. Em outras palavras, entende-se aqui que, por uma faceta, o processo pode ser constituído como um jogo, dentro da concepção de Huizinga e Caillois, que se manifesta no seu caráter institucional – regras delimitadas pelo ordenamento jurídico e conformadas pelo estado-juiz. Por outra faceta, o processo é igualmente um jogo de caráter competitivo, dotado de competição entre as partes autointeressadas, que, no decorrer processual, é manifestada pelas estratégias (destrutivas ou cooperativas) adotadas.

Trata-se, portanto, o processo civil como um jogo argumentativo e competitivo, no qual as partes são autointeressadas e o estado-juiz adota uma função central de proferir uma decisão justa e adequada, independente das estratégias escolhidas pelas partes. Com essas noções em mente, tendo o objetivo específico de considerar o obstáculo do pouco comprometimento da prática jurídica com a “verdade no processo civil”, faz-se uso, inicialmente, da metodologia da análise sociológica do direito, viabilizando o uso da ideia contemporânea de “gameificação” como “fundação” da construção “processo civil como jogo”.

Como já mencionado, a sociedade atual vive no paradigma da gameificação, em que as fronteiras entre jogos e “vida real” estão cada vez mais diluídas e a lógica dos jogos se insere na forma como as pessoas se relacionam com o mundo. Nesse ponto, as perspectivas de jogo podem inclusive contribuir com seu caráter educativo, permitindo que os sujeitos decifrem as normas e estruturas do mundo com base no raciocínio adotado no contexto de jogo. Tem-se, enfim, a experiência de aprendizado por meio das interações entre o sujeito-jogador e as regras que constituem determinada sociedade-jogo.

Com efeito, a partir do momento que se compreende o processo civil com as lentes das teorias – econômicas e sociológicas – dos jogos, é possível fundamentar as consequências que derivam dessa conclusão. Como adiante será desenvolvido, tratar o processo como jogo possibilita o reforço de sua função educativa: as regras moldadas pelo ordenamento jurídico, enfim, podem influenciar nas interações entre

os atores processuais e o próprio jogo – isto é, podem provocar o comportamento desejado nas partes no contexto processual, inclusive no que diz respeito ao seu comprometimento com a verdade. Importa, nesse sentido, retomar que aqui se encara o processo civil não apenas como uma metáfora de jogo, mas também como um jogo que – submetido à análise metodológica das teorias econômicas – tem suas próprias regras e resultados. É nesse viés que se entende necessária a retomada – com intuito do avanço – de alguns preceitos já ressaltados.

O jogo do processo civil

Em conformidade com o que se discorreu nos tópicos anteriores, a metodologia da análise econômica do direito²⁷⁵ pode ser compreendida como enfoque teórico em que a zetética – e não a dogmática – encontra-se mais acentuada porquanto se incorpora ao campo das investigações jurídicas abrindo-a métodos, técnicas e resultados de outra disciplina.²⁷⁶ Não obstante possa se atribuir à sua essência esse caráter eminentemente zetético, a opção por tal metodologia, nesta pesquisa, justifica-se em um viés dogmático. Isso, pois, a análise econômica do direito certamente não se configura como evidência aceita pela ciência jurídica em geral, protagonizando profícua discussão entre partidários e contrários.²⁷⁷

²⁷⁵ Assevera-se em relação ao uso do signo “metodologia” nesse contexto: “quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro ou lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato e poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica”. Em: GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 19.

²⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁷⁷ Nesse sentido, em uma visão equilibrada, Thaís Venturi indica que inúmeras considerações críticas são feitas à análise econômica do direito, mas não são suficientes para diminuir sua importância. Segundo a autora, há que se reconhecer uma “prestabilidade parcial ou relativa” e buscar uma “aproximação coerente, funcional e profícua entre o Direito e a Economia dos novos tempos”, rechaçando-se exageros utilitaristas, evitando-se que se desborde do próprio senso de justiça, central para a regulação jurídica. É adequado, então, que se compatibilize, a partir do sistema constitucional vigente, a notória utilidade da análise econômica do direito para a “estruturação do sistema de justiça, na medida em que consegue demonstrar, sob o ponto de vista (...) da eficiência, os modelos mais racionais e pragmaticamente funcionais” e os limites de ordem ética e moral dos quais não se pode furtar o sistema de justiça do Estado Constitucional. Em: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, 2012, f. 114-125.

Independente dessas ponderações, a conveniência de tal abordagem fica evidente quando se considera que o direito visa a regular comportamentos humanos, sendo necessário em razão do conflito e construído sobre a premissa implícita de que as pessoas respondem a incentivos, traduzidos em normas jurídicas. A leitura econômica, nessa realidade, volta-se exatamente à análise de como o ser humano toma decisões e se comporta. Seus postulados centrais – escassez e racionalidade ponderativa de meios e fins – explicitam a coexistência cooperação-conflito e explicam o motivo pelo qual as pessoas respondem a incentivos. Se os recursos não fossem escassos, possivelmente não haveria cooperação, e nem conflito. A ponderação racional maximizadora entre um benefício e seu custo de oportunidade evidenciam que alterações na estrutura de incentivos com impactos na equação custo-benefício podem levar a outras decisões.²⁷⁸

Essas compatibilidades permitiram o desenvolvimento da análise econômica do direito, especialmente a partir da década de 1960, com a aplicação da racionalidade e das categorias econômicas a questões não exclusivamente mercadológicas, como a discriminação e a criminalidade. Destacam-se nesse sentido “*The economics of discrimination*” de Gary Stanley Becker²⁷⁹, “*The problem of social cost*” de Ronald Coase²⁸⁰ e “*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*” de Guido Calabresi.²⁸¹ É desde “*Economic analysis of law*” de Richard Posner²⁸², no entanto, que se tem uma ampliação do emprego das mais variadas ferramentas da Economia, especialmente as microeconômicas, em inúmeras áreas da ciência jurídica.²⁸³

²⁷⁸ Nessa diretriz, que vem sendo traçada desde o início, especificamente em relação ao direito, destaca-se: “A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atende aos seus interesses”. Em: BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 27-36, 2016, p. 29.

²⁷⁹ BECKER, Gary S. **The economics of discrimination**. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

²⁸⁰ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: **Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago Press, v. 3, p. 1-44, 1960.

²⁸¹ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. In: **The Yale Law Journal**. New Haven: Yale University Press, v. 70, p. 499-553, 1961.

²⁸² POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little-Brown, 1973.

²⁸³ Tem-se análises econômicas do Direito Empresarial ao Direito Administrativo, perpassando-se neste caminho pelo Direito das Famílias. GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 18.

Um dos instrumentos microeconômicos amplamente utilizados pela metodologia da análise econômica do direito é a teoria dos jogos.²⁸⁴ Conforme visto, originalmente desenvolvida por matemáticos, seu diferencial é permitir a análise do processo decisório em situações interacionais nas quais os sujeitos envolvidos reconhecem a interdependência mútua de suas decisões. Como ferramenta utilizada pela Economia – embora adote as mesmas premissas das demais teorias econômicas, especialmente no que tange à racionalidade maximizadora dos sujeitos nos processos de tomada de decisão – diferencia-se em razão de considerá-los no âmbito específico das relações de interdependência.

Por conseguinte, a teoria dos jogos permite a superação do ambiente paramétrico da microeconomia tradicional, em que o resultado da decisão de um sujeito não é afetado pelas decisões de outros sujeitos, nem pelo ambiente estratégico das relações de interdependência. Em um ambiente estratégico, o resultado de determinada decisão e da ação consequente depende também das opções dos outros tomadores de decisão. É nesse sentido que se pode afirmar que a tomada de decisões estratégicas no contexto de interdependência recíproca proposto pela teoria dos jogos difere-se da mera tomada de decisão: “no primeiro caso, não basta encontrar a melhor solução (em termos de utilidade), como ocorre no segundo, já que o que é melhor para uma pessoa nas situações de interdependência depende do que a outra irá escolher”.²⁸⁵

Certamente ao direito importam sobremaneira as situações descritas como estratégicas pela teoria dos jogos. Possivelmente é em razão disso que sua aplicação, ao lado do emprego de outras premissas e instrumentos provenientes da abordagem econômica, vem se destacando em inúmeros campos do saber jurídico. Na literatura estrangeira, ilustrativo o trabalho monográfico pioneiro “*Game theory and the law*” de Douglas Baird, Robert Gertner e Randal Picker.²⁸⁶ No contexto pátrio contemporâneo, tem notoriedade o seu aproveitamento no âmbito – material e

²⁸⁴ Oportuno destacar acerca da teoria dos jogos, especialmente no que tange ao seu uso no âmbito da análise econômica do direito: “Essa teoria é um instrumento utilizado pela análise econômica do direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”. Em: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 109.

²⁸⁵ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 356.

²⁸⁶ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

processual – penal.²⁸⁷ O Direito Processual Civil, porquanto ciência jurídica, não se manteve fechado aos influxos da metodologia da análise econômica do direito. A temática ganhou força nos Estado Unidos especialmente ao longo da década de 1980. Nesse cenário é que se destaca o texto “*Economic analysis of legal disputes and their resolution*” de Robert Cooter e Daniel Rubinfeld.²⁸⁸

A aplicação da tradicional premissa econômica segundo a qual os sujeitos ponderam custos e benefícios de forma racional visando ao melhor resultado permite refletir, por exemplo, sobre a questão do acesso ao Poder Judiciário. Efetivamente, se a ponderação racional dos custos do processo frente às expectativas de ganho resultar negativa ou indicar um benefício muito pequeno, provavelmente não se optará por iniciá-lo. Logo, tem-se que a atribuição de custos é fator decisivo: “quanto maiores forem os custos do processo, menor será a taxa de apresentação de demandas em um sistema judicial de atribuição; em sentido inverso, quanto menores as despesas, maior será a taxa de apresentação”.²⁸⁹

No âmbito da análise econômica do direito normativa, preocupada em identificar quais normas jurídicas devem ser adotadas²⁹⁰, ou seja, eminentemente propositiva, a constatação acima serve de premissa tanto para regras de acesso quanto para regras de barreira. É justamente a partir da percepção de que a atribuição dos custos do processo é fator decisivo que, a título de exemplo, a já mencionada primeira onda renovatória do acesso à justiça, proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, diz respeito à assistência judiciária. Seria meio de superação ao notado obstáculo econômico que se coloca ao acesso. No cenário pátrio, a ideia se materializou em direito – ou, melhor, garantia – fundamental.

²⁸⁷ Nesta guisa, ver: ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. Comenta-se que, em tal âmbito, ganha especial relevo a aproximação entre a problemática do dilema do prisioneiro – problema da teoria dos jogos – e os acordos de colaboração premiada – instituto jurídico; ressalta-se novamente, contudo, que aproximações entre o dilema do prisioneiro e a colaboração premiada, inclusive a análise da adequação ou não de uma justiça penal nestes termos, conforme já posto, não são objeto do estudo, visto que fogem do âmbito do processo civil.

²⁸⁸ COOTER, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Economic analysis of legal disputes and their resolution*. In: **Journal of Economic Literature**. Nashville: American Economic Association, v. 27, p. 1067-1097, 1989.

²⁸⁹ MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 391-403, 2012, p. 393.

²⁹⁰ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 20.

Em sentido oposto, é possível imaginar como solução de contenção de demandas ditas frívolas ou aventureiras o aumento de custos de interposição. Ambientes processuais sem ou com baixos custos de proposição certamente estimulam esse tipo de demanda ao aumentar as chances de que as expectativas sejam calculadas com resultado positivo.²⁹¹ Essa solução, obviamente, precisa ser matizada. O simples aumento de custos de interposição “importaria em um desestímulo geral à propositura de demandas sem penalizar efetivamente aquele que provoca desnecessariamente a atividade judiciária, [inabilitando o] acesso à justiça consagrado constitucionalmente”.²⁹² Embora tal ponderação, em busca da normatização adequada ao equilíbrio entre assistência judiciária e contenção de demandas aventureiras não seja objeto de pesquisa, ilustra de forma bastante clara o potencial da análise econômica do processo civil.

No contexto da presente pesquisa, é a análise econômica do processo civil a partir do instrumento microeconômico da teoria dos jogos que assume considerável relevância. De fato, quando se reflete sobre a maneira como os sujeitos autointeressados decidem ante um conflito interpessoal, ou seja, em uma relação de interação conflituosa, mormente quando se está a abordar a categoria jogo com o objetivo de pensar sobre o processo civil como tal, a teoria dos jogos não pode ser desconsiderada. É nesta medida que a metodologia da análise econômica do direito se mostra especialmente conveniente, uma vez que permite que se analise o fenômeno processual civil – objeto da ciência jurídica – a partir da aplicação da teoria dos jogos – ferramenta da ciência econômica.

Efetivamente, agora no âmbito da análise econômica do direito positiva, “eminentemente descritiva/explicativa”²⁹³, é possível traçar um paralelo entre o

²⁹¹ Esclarece-se acerca das demandas ditas frívolas ou aventureiras: “Ao utilizar o termo litigância aventureira (ou frívola), estamos tratando dos casos em que, do ponto de vista subjetivo, há a consciência de que a tese fático-jurídica exposta não encontra suporte razoável, mas a aposta em litigar decorre de uma expectativa de atuação incompetente da parte contrária ou de erro judicial. Do ponto de vista econômico, essa será uma estratégia eficiente para a parte sempre que a probabilidade de uma decisão favorável multiplicada pelo ganho possível for superior à totalidade dos custos incorridos para o litígio”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 153.

²⁹² MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 391-403, 2012. p. 393.

²⁹³ Esclarece-se, retomando-se também, de forma brevíssima, a análise econômica do direito normativa: “Em resumo, a análise econômica do direito positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com

processo civil, seus institutos e normas fundamentais, e o jogo e seus elementos essenciais, conforme a caracterização proposta pela referida teoria matemático-econômica. Para essas teorias, o jogo é um modelo formal-abstrato, constituído por um conjunto de regras que formatam situações de interação recíproca entre agentes racionais, implicando ao menos três elementos essenciais: jogadores, estratégias e recompensas (*payoffs*). Em jogos mais complicados apresentam-se, ainda, como elementos, “a sequência das ações e as informações de que cada jogador dispõe ao agir”.²⁹⁴ O processo civil, dessa forma, “pode ser compreendido como um jogo, no sentido dado pela teoria dos jogos, pois é um ambiente de tomada de decisões interdependentes que contém todos os elementos essenciais do jogo, afora alguns fatores complicadores adicionais”.²⁹⁵

Com efeito, não é difícil entender o processo civil como um conjunto de regras processuais e, porquanto, mais formais-abstratas do que substanciais, que formatam um ambiente de tomada de decisões interdependentes. Tem-se interdependência na medida em que as decisões e atitudes dos sujeitos processuais autointeressados condicionam, limitam e influenciam a tomada de decisão e atitudes dos demais, especialmente em razão do caráter comunicativo-argumentativo do processo. Tais sujeitos processuais autointeressados são os jogadores; porque racionais – ao menos em algum grau –, definirão suas estratégias de acordo com os fins almejados, ou seja, conforme os *payoffs* esperados.

Viu-se que, independentemente dos fins jurídicos, sociais e políticos atribuídos ao processo, da perspectiva das partes, é instrumento para o alcance de seus próprios interesses, abarcados – ou não – pela deontologia jurídica. É “a potencial divergência de interesses entre os sujeitos processuais (que) permite a

resultados preditivos. Já a análise econômica do direito normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, *i.e.*, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido”. Em: GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016, p. 20-21.

²⁹⁴ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 358.

²⁹⁵ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 361.

construção de estratégias de conflito e cooperação entre eles”.²⁹⁶ As estratégias serão adotadas conforme consideradas adequadas à obtenção do deferimento de pedidos (*payoffs*) e ao indeferimento daqueles feitos pelas partes contrapostas, considerando não só o que seja melhor isoladamente como também em que sentido decidirão essas partes contrapostas, dadas as limitações e influências recíprocas.

Aos jogadores – ou partes – importam estratégias adequadas não só à obtenção do deferimento de pedidos (*payoffs*), como também ao indeferimento daqueles feitos pelas partes contrapostas, dado o forte vínculo de interdependência entre deferimentos/indeferimentos. Tal vínculo ocorre justamente pelo fato do processo civil se amoldar ao modelo de jogo descrito pela teoria dos jogos como jogo de soma zero. De fato, definiu-se – embora de forma muito aquém de uma linguagem matemática – jogos de soma zero como aqueles em que há dois ou mais jogadores cujos interesses são totalmente opostos, de forma que a vitória de um jogador significa, ou pressupõe, sempre a derrota do outro.²⁹⁷ O modelo contencioso da via jurisdicional, porquanto voltado a definir controvérsias em um sistema de vencedores e vencidos, ou seja, em um sistema “ganha-perde” em que a resposta final é, em regra, adjudicada (atribuída) à parte vencedora por um terceiro imparcial, o estado-juiz, bem se amolda a este modelo de jogo.

São possíveis, ainda, outras classificações do jogo do processo a partir da lógica matemático-econômica da teoria dos jogos. Em relação aos demais elementos – sequência e informações –, pode-se entendê-lo, por exemplo, como jogo complexo no qual há uma mistura entre interações estratégicas simultâneas e sequenciais.²⁹⁸ Ademais, o jogo do processo contempla informação perfeita, em uma perspectiva formal: as partes (jogadores) têm conhecimento completo de todos os atos processuais até então praticados (as jogadas), bem como da legislação

²⁹⁶ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 362.

²⁹⁷ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, v. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

²⁹⁸ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 364.

processual (regras do jogo).²⁹⁹ Não obstante, assimétrica em uma perspectiva material: “em geral, cada parte possui mais informação sobre os fatos que lhe ocorreram do que seu adversário”.³⁰⁰

Para além dessas classificações, no entanto, imperioso considerar limitações da aplicabilidade da teoria dos jogos ao fenômeno processual civil. As limitações mais evidentes dizem respeito à racionalidade dos jogadores e à atividade adjudicatória do estado-juiz. De fato, os axiomas da racionalidade na forma como questionados pela economia comportamental trazem desafios à modelagem adequada das recompensas de cada jogador. A estrutura heterocompositiva do processo, por sua vez, “cria dificuldades operativas na medida em que a maioria de seus atos têm finalidade meramente estimulante (e não determinante dos efeitos)”.³⁰¹ A dificuldade consiste, portanto, no fato do estado-juiz não só garantir que as regras sejam seguidas, como o árbitro no jogo do futebol, como decidir quem ganhou, independentemente do número de gols. Efetivamente, o escopo dogmático do processo não permite que seja posto – preponderantemente – como um jogo de habilidades. Considerada a necessidade de justiça traduzida em tutela – adequada, efetiva e tempestiva – do direito material, não se pode admitir – ao menos em uma perspectiva deontológica – que ganhe aquele que argumentou melhor e “marcou mais gols” em detrimento daquele que deve ter o direito tutelado.³⁰²

²⁹⁹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

³⁰⁰ ARENHART, Fernando Santos. **A análise econômica da litigância**: teorias e evidências. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Economia, 2009, f. 73.

³⁰¹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 369-370.

³⁰² É nessa diretriz que se afirma que a maioria dos atos praticados no bojo do processo civil têm finalidade meramente estimulante, ou seja, não determinante dos efeitos: a rigor, no mais das vezes – excetuadas questões como contestar ou não contestar e recorrer ou não recorrer, por exemplo – os atos praticados pelas partes autointeressadas têm o objetivo de persuadir o estado-juiz para que determine a controvérsia jurídica em um ou em outro sentido, mas não são em si determinantes. Em que pese se possa argumentar que para além de somente persuadir, as partes efetivamente estabelecem os limites em que o estado-juiz decidirá o mérito, ainda assim não se pode afirmar que determinam o resultado – e seus efeitos – propriamente dito. Transcreve-se, nesse contexto, o art. 141 do Código de Processo Civil: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Incluir o estado-juiz como jogador não parece uma saída possível. Robert Cooter e Daniel Rubinfeld, por exemplo, desde a década de 1980, avistam severas limitações no que tange a uma teoria econômica do comportamento do estado-juiz.³⁰³ De fato – ainda na perspectiva deontológica – a atuação desinteressada do estado-juiz dificulta teorizações no sentido de precificar suas “jogadas” e suas recompensas (*payoffs*).³⁰⁴ Assim, não sendo possível – ou sendo muito difícil – aplicar a lógica da teoria dos jogos aos juízes, uma alternativa seria simplesmente ignorar todas as jogadas em que o ato tem finalidade estimulante, limitando-se a sua aplicação aos atos determinantes.³⁰⁵ Ocorre, contudo, que a exclusão do campo de análise dos atos estimulantes faz com se sobreleve, não o fenômeno processual civil levado à decisão heterocompositiva da sentença, e sim a estrutura autocompositiva dos meios consensuais de abordagem dos conflitos, especificamente no que tange à construção de acordos.

Efetivamente, de “*Economic analysis of legal disputes and their resolution*” às recentes versões do “*Law and Economics*” de Robert Cooter e Thomas Ulen³⁰⁶, disputas civis são compreendidas como jogos de barganha descritos pelo binômio “*settlement versus trial*”.³⁰⁷ Situações estratégicas de barganha, em que são possíveis acordos mutuamente satisfatórios, são colocadas – pela teoria dos jogos – como jogos cooperativos ou de soma diferente de zero. Ou seja, adequam-se a um modelo de jogo distinto do jogo processual civil, de soma zero ou eminentemente não cooperativo. Nota-se, nessa guisa, que a análise econômica do Direito Processual Civil, mormente com aportes da teoria dos jogos, sustenta reflexão acerca de um conceito amplo de Justiça Civil que engloba os meios

³⁰³ COOTER, Robert; RUBINFELD, Daniel. Economic analysis of legal disputes and their resolution. In: **Journal of Economic Literature**. Nashville: American Economic Association, v. 27, p. 1067-1097, 1989, p. 1070.

³⁰⁴ Nesse sentido: “A formulação de jogos com um terceiro pode ser resolvida de duas formas. De um lado, a inclusão do juiz como jogador. Nesse caso, a dificuldade está em se conseguir precificar as ‘jogadas’ desse agente e seus *payoffs*, uma vez que ele é vinculado ao direito e às estratégias das partes”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 369.

³⁰⁵ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 369.

³⁰⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2010.

³⁰⁷ COOTER, Robert; RUBINFELD, Daniel. Economic analysis of legal disputes and their resolution. In: **Journal of Economic Literature**. Nashville: American Economic Association, v. 27, p. 1067-1097, 1989, p. 1075-1082; e COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2010, p. 399-403.

autocompositivos como formas de distribuição de justiça que se somam ao fenômeno processual civil em si, levado à decisão adjudicatória da sentença.

A grande contribuição, portanto, de se pensar a abordagem jurídica dos conflitos sociais a partir da construção matemático-econômica da teoria dos jogos – forma de reflexão possível no âmbito da análise econômica do direito – é a sustentação que se oferece à noção de Justiça Civil ampla, em que coexistem os métodos consensuais e o método heterocompositivo. Mais do que isso, a teoria dos jogos permite concluir que métodos consensuais de abordagem e processo civil são modelos de jogos distintos, conduzindo à seguinte reflexão: se métodos consensuais de abordagem e processo civil são jogos diferentes, quais jogos são esses?

Por todo o posto, pode-se afirmar que os métodos consensuais de abordagem de conflito se amoldam preponderantemente a jogos cooperativos e em que a atuação das partes são – como o são nos jogos descritos pela teoria econômico-matemática –, determinantes do resultado e de seus efeitos. Noutro giro, o fenômeno processual adequa-se melhor ao modelo de jogo não-cooperativo – ou de soma zero – com a peculiaridade de não se amoldar exatamente à noção de jogo descrita pela teoria econômico-matemática na medida em que – ao menos se levado à sentença – será a decisão de um terceiro (estado-juiz) a que definirá a controvérsia entre interesses; ou seja, o resultado não será a consequência direta das relações estratégicas dos jogadores. Estabelecido isso, e considerado o objetivo específico de se verificar em qual cenário – se é que em algum ou se não em todos – da Justiça Civil é o princípio da verdade preponderante, cumpre averiguar o papel do referido princípio em cada qual dos modelos descritos.

Pois bem, viu-se a partir da instrumentalidade do processo civil - enriquecida pelo formalismo-valorativo – que são fins da Justiça Civil a interpretação e aplicação do direito, a pacificação social e a participação. Há que se entender, no entanto, que esses fins se concretizam de maneira distinta no modelo de jogo dos meios autocompositivos, comparado ao modelo de jogo do processo. No modelo de jogo dos meios autocompositivos – antes ou durante o processo³⁰⁸ –, o fim de justiça é o

³⁰⁸ Relembra-se, aqui, que raramente as situações cotidianas – e, nessa medida, as formas cotidianamente utilizadas para a composição dos inevitáveis conflitos – encaixam-se em modelos ideais puros. Dessa forma, conforme já mencionado, é possível, por exemplo, que a abordagem consensual (casos de autocomposição) se dê após a decisão por uma abordagem heterocompositiva, mas antes da decisão adjudicatória do estado-juiz, caso em que se somam à renúncia, como formas de autocomposição unilateral, a desistência e o reconhecimento jurídico do pedido. É nessa esteira

consenso – adequado, tempestivo e efetivo ou genuíno. Já no modelo de jogo do processo civil levado à resposta adjudicatória da sentença, o fim de justiça é a tutela jurisdicional – decisão do estado-juíz – do direito substancial – adequada, efetiva e tempestiva.

Destarte, no primeiro tipo de jogo – dos meios autocompositivos – o direito deve ser interpretado e aplicado a partir dos princípios norteadores da já descrita justiça coexistencial. A pacificação – do conflito real – é essência, e não somente consequência. A participação se dá por meio do incentivo de um diálogo construtivo entre as partes, em prol de encontrarem por si a melhor resposta para a situação controversa. De forma mais detalhada tem-se, portanto, que nesse modelo de jogo o procedimento é o da conversação – direta ou mediada – entre as partes, com o objetivo principal de “consensuar” uma resposta que seja mutuamente satisfativa. Embora a estabilização da solução encontrada pelas partes para o conflito, por ser endógena, seja precária em uma perspectiva formal – não tem a força de “imunização” da coisa julgada – tem mais aptidão para se mostrar eficiente em uma perspectiva material – pacificação efetiva do conflito real e não estabilização/imunização do conflito jurídico.

Nessa diretriz, pode-se pensar, que no modelo de jogo de soma diferente de zero dos meios consensuais de abordagem dos conflitos sociais não é necessário, embora também não seja proibido, dizer o que é “certo”. Com efeito, se os meios autocompositivos têm sua essência assentada na pacificação social – do conflito real –, a qual, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto³⁰⁹, é possível teorizar que, quando o objetivo de justiça é o consenso, a verdade é prescindível. Isso, pois, é juridicamente admissível que as partes solucionem o conflito sem discutir os fatos e – logicamente – suas “verdades”.

Nessa via não há violação da boa-fé. Tampouco há qualquer problema de legitimidade. A legitimidade da solução encontrada para o problema posto – problema no sentido de situação que exige decisão e não no sentido negativo, de algo que deve ser suprimido – pelos próprios sujeitos autointeressados envolvidos

que se fala em consenso antes ou durante o processo. Pode-se pensar, ainda, em certa medida de consenso mesmo após a decisão adjudicatória jurisdicional, representativa das situações em que se abre mão de recorrer.

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 221.

está na obtenção genuína do consenso e não na fundamentação da decisão. A justiça obtida por meio do consenso se direciona para o futuro, compondo, conciliando e prevenindo “situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.³¹⁰ Nesse modelo de jogo, portanto, os fatos e as diferentes avaliações que as partes têm sobre eles podem ser simplesmente deixados de lado para que se possa chegar – pacificamente – a uma solução satisfatória para as partes. Essa é a essência.³¹¹

Efetivamente, se a diretriz da justiça coexistencial é o consenso e, nessa medida, busca-se de forma cooperativa a pacificação material, à qual soluções mutuamente satisfativas se mostram potencialmente mais aptas, a discussão de quem tem – ou não – razão acerca de sua visão e/ou interpretação dos fatos, ou seja, de quem está com a “verdade”, não pode ser falseada, mas pode ser simplesmente deixada de lado. Veja-se que no âmbito consensual, a composição encontrada prescinde de provas e até mesmo de fatos. O que importa é que as partes cheguem a um consenso genuíno. Se para isso optarem por não falar sobre os fatos – o que às vezes é até melhor –, não há problema. Afinal, o consenso sobre a composição de um conflito pode ser atingido a partir dos fatos ou sem eles, mas certamente independentemente da definitiva fixação de uma hipótese intermediária sobre como se passaram.³¹² Aqui, a proposição “tudo é uma questão de perspectiva e grau” pode ser utilizada como frase de efeito.³¹³

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 221.

³¹¹ Frisa-se, no entanto, que prescindir da verdade não significa de modo algum aceitar a mentira. Muito pelo contrário, a mentira é inadmissível não apenas no processo civil como também numa solução construída mediante consenso. Quando presente, se bilateral, a mentira configura fraude. Uma solução consensual fraudulenta não pode ser cancelada pelo ideal de justiça. Já se a mentira for unilateral, uma das partes acordantes foi enganada, sendo igualmente inadmissível defender que a solução encontrada para o conflito é justa e de acordo com o Direito.

³¹² Nessa senda, se pode afirmar que “a construção de acordos não garante que seja efetivamente dirimido o conflito entre as partes e, por vezes, chega a acirrá-lo. Todavia, a base da pacificação social reside no restauro da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios; esgarça o tecido social entres as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apoiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes”. Em: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

³¹³ Tome-se por exemplo um acidente de trânsito com repercussões meramente patrimoniais em que A afirma que B não respeitou o sinal vermelho, e B afirma que passou quando o sinal ainda estava amarelo e que foi A quem se adiantou. Logo, para A, cabe a B arcar com as despesas de ambos os veículos abalroados. Para B, no entanto, quem deve arcar com tais despesas é A. Situações como essa são comuns: alguém aproveita o sinal que a seu ver estava “fechando”, mas ainda não estava

Já no outro modelo de jogo ora pensado – do processo civil levado à resposta adjudicatória da sentença – em que o fim de justiça é, então, a tutela jurisdicional do direito substancial, o direito deve ser interpretado e aplicado com o fito de ser entregue a quem o tem. A pacificação do conflito – jurídico – decorre da “imunização” da decisão; a do conflito real é consequência desejável, mas não essência. Ou seja, a tutela dos direitos é o pressuposto e a “pacificação-essência”, desejável, mas não imprescindível.³¹⁴ A participação, por sua vez, dá-se por meio do contraditório forte correlato ao ideal de processo justo, marcado pela condução colaborativa do estado-juiz.

vermelho, muitas vezes aumentando a velocidade para que, ao menos em sua perspectiva, “dê tempo” de passar pelo semáforo antes que efetivamente fique vermelho. Outro alguém, geralmente com o intuito de se adiantar em relação aos demais veículos em razão de algum motivo, como a necessidade de virar no sentido contrário da pista em que se está, aproveita que o semáforo de pedestres já está vermelho, coloca-se pronto, e arranca no exato momento em que, a seu ver, o sinal está “abrindo”. Há, portanto, um dissenso sobre a versão dos fatos e sobre como se dará a recomposição dos danos decorrentes. Parece claro que a ausência de acordo entre os sujeitos autointeressados, antes ou ao longo de um processo judicial, exigindo uma decisão heterocompositiva, ou seja, imposta por um terceiro imparcial, normalmente o estado-juiz, implica não só um diálogo sobre os fatos expostos – que, no âmbito jurisdicional, dá-se pelo contraditório –, como um acerto sobre qual será a versão tida por verdadeira para que se tome a decisão acerca do custeio dos danos. Fato é que, a não ser que se prove que os sinais estavam dessincronizados – hipótese fática que possivelmente implicará o envolvimento do estado-administrador –, dois sinais que orientam os movimentos em um cruzamento não estão verdes ao mesmo tempo. Por mais que as partes estejam sendo absolutamente honestas em relação às suas percepções, alguém está equivocado e deve arcar com os custos. Não é possível considerar justa uma decisão imposta por terceiro que não determine quem tem a razão com base nos fatos, ainda que se conclua, no caso de impossibilidade, por meio do ônus da prova.

³¹⁴ É possível tutela do direito sem pacificação. Como já se discorreu, a função do processo não é pacificar conflitos sociais, mas tutelá-los de acordo com o Direito. E a tutela se dá com base nos fatos que são submetidos pelas partes, e por elas comprovados (ou não), ao estado-juiz. Pode ser que por ocasião da tutela do direito uma das partes não saia satisfeita (isso geralmente ocorre). Pode ser até mesmo que as duas partes saiam insatisfeitas. Não que isso seja procurado pelo estado-juiz, mas, no conflito entre satisfação ou não de uma ou mais partes com a solução construída, e adequação ou não dessa solução com o ordenamento jurídico, o estado-juiz não possui outra escolha senão dizer o que está de acordo com o Direito. Kazuo Watanabe destaca, nesse sentido, que um “grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’, do ‘preto ou branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso”. Em: WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 685. Ocorre, contudo, que a instrumentalidade do processo pensada na perspectiva ontológica a partir do enfoque zetético demonstrou que, para as partes autointeressadas, o fim do processo é a vitória. O alcance deste objetivo, no entanto, muitas vezes é obstaculizado pela necessidade de uma decisão que dê concretude ao direito material de forma justa. Um objetivo obstaculizado não parece ser apto a gerar satisfação. Nessa medida, é possível dizer que nem todo processo – especialmente os de jurisdição contenciosa – é capaz de pacificação social.

Por conseguinte, no contexto em que a justiça é distribuída por meio de uma decisão jurisdicional adjudicatória, ou seja, substitutiva da vontade das partes, a legitimidade da decisão se dá por meio de um processo justo, marcado pelo contraditório efetivo e pela fundamentação adequada da decisão. A justiça da decisão se dá na medida em que se dá efetiva tutela jurisdicional ao direito substancial de quem o tem, conforme a verificação que se deu por meio do processo justo que levou à decisão fundamentada. Essa é a essência. Nessa medida, o julgamento só pode se pautar pelos fatos; volta-se para o passado. Não se pode, portanto, prescindir – de algum grau – de verdade. Efetivamente, se nesse modelo de jogo, dizer o que é “certo” de acordo com a ordem jurídica é essencial e quem o fará será um terceiro que tem o poder de decidir a questão e o dever de fazê-lo de forma legítima, a definição dos fatos é imprescindível.

Tanto o modelo conciliatório, quanto o contencioso, portanto, administram conflitos e almejam a justiça, mas cada um ao seu modo, conforme lógicas diferentes. Assim, adotando-se o referencial da teoria dos jogos, é possível vislumbrar o fenômeno processual civil a partir da lógica dos jogos de soma zero – ou de perde-ganha – em que cada decisão favorável a uma parte – ou polo – equivale a uma derrota para a outra, de modo que fica evidente a impropriedade de lhe exigir a pacificação social como essência.³¹⁵ Pacificar o conflito social não é, portanto, nessa construção, a função precípua do processo. A função precípua do processo é tutelar o direito de forma justa, adequada, efetiva e tempestiva, estabilizando a questão formalmente por meio da “imunização” conferida pela coisa julgada.

É nesse contexto que se coloca a necessidade de acerto dos fatos. Uma decisão que faça justiça tutelando o direito de forma adequada, efetiva e tempestiva só poderá ser alcançada a partir do – ou, de algum grau de – acerto dos fatos. Se o objetivo fosse apenas estabilizar formalmente o conflito por meio da coisa julgada e não a efetiva tutela do direito material por meio de uma decisão justa, bastaria estabelecer que o processo se daria na forma de um jogo de dados: à decisão a que se chegasse seria atribuída a imutabilidade da coisa

³¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil** (1). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 131.

julgada.³¹⁶ No plano de fundo do Estado Constitucional não é aceitável que o estado-juiz simplesmente decida a “sorte” de seus jurisdicionados pelos dados.

O objetivo principal do julgamento de um processo é a efetiva tutela do direito material por meio de uma decisão justa, estabilizando-se formalmente (coisa julgada), então, e apenas dessa forma, o conflito social que deu origem ao processo. Não lhe pode ser atribuída a função principal de pacificação social³¹⁷, entendida como uma satisfação das partes para com a solução material que foi encontrada para resolver o conflito social. O grau de profundidade da investigação dos fatos e a possibilidade de se chegar – ou não – ao que efetivamente ocorreu no mundo fenomênico é uma questão que varia caso a caso.

Não obstante, fato é que o estado-juiz deverá chegar a um grau de acerto dos fatos que lhe permita definir qual é a versão fática que deve ser tida por verdadeira, ou, na sua impossibilidade, decidir de acordo com o ônus da prova. Não há como se falar em efetiva tutela do direito – alguém teve um bem lesado em razão da atitude do outro – fora dessa perspectiva. Não se pode decidir sobre os interesses sem decidir sobre tais posições. Aqui, a proposição “tudo é uma questão de perspectiva e grau” é frase “defeito”.

Assim, quando o consenso não foi buscado, atingido, ou sobre ele houve arrependimento, as partes sempre poderão se socorrer da tutela judicial do direito que entendem como seu. Nesse espectro, o jogo se torna de soma-zero. Trata-se de uma competição em que o objetivo é vencer. Para isso, as partes autointeressadas

³¹⁶ De fato, um jogo de sorte (ainda que com o estabelecimento de probabilidade de vencer em 50% para cada parte) de forma alguma tutelaria direitos, pois uma via como essa decidiria simplesmente ignorando os fatos e os direitos. Aliás, se tal procedimento fosse imposto pela ordem jurídica aos seus jurisdicionados, sequer teria condão de gerar pacificação entre as partes. Traria estabilidade, porque a decisão decorrente não poderia voltar a ser discutida pelas partes, mas jamais pacificação, pois ao menos a parte azarada se sentiria injustiçada. Em alguns casos, nem mesmo a parte sortuda se sentiria satisfeita. Não se pode desprezar, contudo, o potencial de pacificação de uma solução obtida por meio de lances de dados, quando tal procedimento for o estabelecido – de comum e livre acordo – entre partes conflitantes que o querem resolver pelo consenso. Esse grau de pacificação, entretanto, seria ainda consideravelmente inferior àquele que é obtido quando as partes entram em consenso procedimental e material, ou seja, quando não apenas estabelecem um acordo sobre o procedimento de autocomposição, mas também sobre as questões subjacentes – os problemas da vida sobre os quais divergem.

³¹⁷ Destaca-se, nesse sentido: “Ante a ineficiência na prestação estatal da tutela jurisdicional, especialmente pelo perfil contencioso e pela pequena efetividade em termos de pacificação real das partes, os meios diferenciados vêm deixando de ser considerados ‘alternativos’ para passar a integrar a categoria de formas ‘essenciais’ de composição de conflitos (jurídicos e sociológicos), funcionando como efetivos equivalentes jurisdicionais ante a substituição da decisão do juiz pela decisão conjunta das partes”. Em: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 147.

buscam convencer o estado-juiz de que sua hipótese fática condiz com a verdade, seja ela de fato verdadeira ou não. Justamente porque, nessa seara, certo grau de acerto dos fatos é imprescindível para definição do vencedor é que as partes passam a se sentir tentadas a mentir ou omitir estrategicamente.³¹⁸

Considerando que os sujeitos processuais agem de forma racional, ponderando na elaboração de suas estratégias custos e benefícios, inclusive no tocante à verdade e à mentira, tem-se que uma alteração nessa equação certamente impactará em suas decisões. Quanto menos, mais brandas ou mais difíceis de serem implementadas forem as consequências por mentiras e omissões das partes quanto aos fatos objeto do processo, mais mentira haverá a atrapalhar o acerto dos fatos pelo estado-juiz. Raciocínio na mesma direção, mas em sentido inverso, aplica-se às consequências do comportamento honesto das partes do processo. Assim é que se pode pensar no processo como um jogo de verdade ou consequência – e, nessa perspectiva, nos graus de verdade que geram as devidas (ou indevidas) consequências.

³¹⁸ Nessa linha: “Ao demandar em juízo, as partes muitas vezes omitem certos aspectos fáticos relevantes, levando ao conhecimento do magistrado apenas uma fatia da realidade verificada. A outra parte, por sua vez, pode incorrer na mesma conduta, apresentando apenas fatos que repute favoráveis à sua tese. O processo acaba limitado a um panorama deliberadamente recortado, o que pode gerar intensas dificuldades para a reconstituição histórica dos elementos relevantes e a dedução do que é realmente justo”. Em: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 87.

PARTE II – VERDADE OU CONSEQUÊNCIA

Esta PARTE II – VERDADE OU CONSEQUÊNCIA orienta-se pelo eixo – argumentativo – *GRAU*. Visa a, especificamente, verificar qual o *grau* de verdade que se deve – e se pode – esperar no processo civil a partir da tensão entre as *perspectivas* deontológica (do estado-juiz) e ontológica (dos indivíduos autointeressados); e, ainda, a partir da aplicação conclusiva dos componentes estratégico e institucional do fenômeno processual civil em um viés prático-pragmático, refletir sobre possíveis maneiras de se alcançar o *grau* de verdade verificado como esperado. Dados os seus objetivos específicos, inicialmente, elucida brevemente a desconfiança da reflexão jurídica em relação à ideia de verdade, expondo os *graus* de verdade identificados no âmbito amplo da teoria do direito (2.1 Do ceticismo ao “é melhor acreditar” de Ronald Dworkin) para que, a partir do método dedutivo, avaliem-se os *graus* correspondentes no âmbito específico do Direito Processual Civil (2.2 Da verdade formal à “simples verdade” de Michele Taruffo). Em seguida, a partir das contribuições dos tópicos anteriores, delimita o *grau* de verdade com que o processo civil deve e pode estar definitivamente comprometido considerada a *perspectiva* deontológica do estado-juiz e o *grau* de verdade exigível das partes autointeressadas, considerada a dialeticidade entre a referida *perspectiva* deontológica e a *perspectiva* ontológica, demonstrativa do caráter estratégico do fenômeno processual civil (2.3 Do elevado grau de verdade do estado-juiz ao grau de honestidade das partes autointeressadas). Estabelecidas essas questões, no último ponto (2.4 O caráter pedagógico da consequência), o recurso à “consequência” serve à aplicação, no que concernem os aspetos ligados à “verdade no processo civil”, dos componentes estratégico e institucional em um viés prático-pragmático. Nessa senda, são indicadas possíveis “consequências” orientadas ao incentivo da cooperação estratégica dos sujeitos autointeressados no jogo processual civil – ou “coopetição” –, bem como à limitação das estratégias por seu estatuto ético.

2.1 Do ceticismo ao “é melhor acreditar” de Ronald Dworkin

Com o objetivo de explorar as diversas facetas da busca pela verdade, de modo a chegar a sua aplicabilidade no processo civil³¹⁹, importa apoiar-se no pensamento filosófico e sua circularidade pelas teorias jurídicas. Afinal, a busca pelas verdades foi e ainda é um dos principais papéis da Filosofia, que nasceu com o intuito de explicar a verdade do mundo e ensinar o verdadeiro sentido das palavras.³²⁰ No presente trabalho, propõe-se, então, investigar e desenvolver o conceito de verdade tanto no plano jurídico quanto no filosófico; entende-se, pois, a insuficiência da Teoria do Direito para fornecer uma explicação completa sobre a questão da verdade, ao mesmo tempo em que se percebe as práticas judiciais como fatores importantes para reflexões sobre como a verdade se inscreve na sociedade contemporânea.³²¹

Nada obstante, é certo que na contemporaneidade a Filosofia e a Teoria do Direito se encontram diante de novos impasses e obstáculos. Os problemas da

³¹⁹ Marinoni e Arenhart observam que a busca da verdade dos fatos ocorridos é essencial para a adequada aplicação do direito e o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição; por esse motivo, é certo que as regras para investigação dos fatos ocupam boa parte das regras do CPC/2015. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

³²⁰ Como pontua Luciana Drimel Dias: “O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios, inúmeras teorias se entrecrocaram há séculos. Desde a noção grega de identificação ou adequação, passando pela noção moderna (Kantiana) de objeto construído, a teoria hegeliana de totalidade e, por fim, a verdade consensual em Habermas.” Em: DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: (uma análise filosófico-processual da verdade voltada a Teoria Geral da Prova). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 1999, p. 44.

³²¹ Michel Foucault, em sua célebre obra “A verdade e as formas jurídicas”, aduz que as práticas jurídicas estão entre as práticas sociais mais importantes que permitem localizar a emergência de novas formas de subjetividade, formas de saber e, assim, relações entre os seres humanos e a verdade. Foucault explora essa ideia resgatando a origem do inquérito penal, que, na Idade Média, teria aparecido como uma forma de pesquisa da verdade na ordem jurídica. O surgimento do procedimento racional do inquérito foi introduzido a partir da Igreja, pela atuação das forças políticas, tendo sido consequência da transformação das estruturas políticas e da reorganização das relações de poder, que provocaram a mudança nas práticas judiciais da Idade Média. Além de prática judiciária, para Foucault, o inquérito se estabelece como forma geral de saber; isto é, a busca pela verdade vai se estender a todas as áreas do conhecimento (Medicina, Botânica, Zoologia etc). O inquérito, pois, é “uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir.” Portanto, a busca pela verdade por meio do inquérito pode ser considerada parte da mentalidade moderna. Nesse sentido, caracteriza-se pela adoção de procedimentos – para além do processo judiciário, nos processos de produção científica e filosófica de modo geral. Há, portanto, uma circularidade de formas de saber na lógica instituída pela mentalidade moderna e na concretização das regras e princípios do procedimento jurídico. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

interpretação jurídica e da subjetividade do intérprete passam a ser considerados na produção jurídica institucional. Na concepção inicial do Direito enquanto sistema social, a positivação das regras garantiria a aplicação dos procedimentos prescritos com participação dos próprios indivíduos submetidos ao ordenamento jurídico. A diversidade de possibilidades interpretativas dos textos, todavia, gerou o impasse dos limites a serem impostos aos julgadores e intérpretes.³²²

No plano filosófico, a multiplicidade das correntes e das controvérsias sem fim levou ao surgimento de um ceticismo crescente quanto ao papel da razão.³²³ No plano jurídico, por sua vez, é certo que a pretensão moderna da unicidade das normas e da certeza das decisões judiciais não mais é aplicável às contingências dos ordenamentos jurídicos. Apesar de o Direito contemporâneo ter sido fundado sob os dogmas do positivismo, com suas intenções de completude e unidade, a complexidade das sociedades e a decorrente proliferação dos problemas que se impõem ao Direito geraram uma multiplicação das teorias jurídicas e das possibilidades de interpretação das normas.³²⁴ Se, por um lado, essa pluralidade busca abarcar a complexa teia das relações sociais, por outro, as certezas e verdades prometidas pela modernidade são deixadas de lado.

Nesse passo, a chamada *pós-modernidade* atribui ao conceito de verdade uma condição de não-confiabilidade³²⁵. A Filosofia embarca em uma fase de rejeição das grandes narrativas, com o banimento da verdade do discurso filosófico e a consequente fragmentação dos conceitos. Esse discurso – que posteriormente

³²² Marinoni e Arenhart exploram esses limites, argumentando que a verdade dos fatos é inatingível no contexto processual. A possibilidade de se obter certeza dos fatos, para os autores, extrapola os limites humanos. Acrescentam ainda: “mesmo as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido – apenas mostram elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu; são um indicativo, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu (ou, ao menos, não se pode dizer que existe segurança absoluta sobre essa conclusão).” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 42.

³²³ ABEL, Henrique. A incompatibilidade do ceticismo, pragmatismo e positivismo jurídico com o paradigma do estado democrático de direito à luz de Perelman, Dworkin e da hermenêutica jurídica. **Revista Direito e Humanidades**, Universidade Municipal de São Caetano do Sul, ano XI, n. 19, julho/dezembro de 2010, p. 182-183. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/issue/view/114>. Acesso em: 6 fev. 2019.

³²⁴ LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016, p. 75-76.

³²⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 95.

também passou por uma fase de rejeição³²⁶ – resultou em problemas terminológicos e más compreensões em relação à questão da verdade, sobretudo na linguagem comum. No plano jurídico, diferentes teorias surgiram com intuito de dirimir esses impasses, muitas se pautando na questão da moralidade dos princípios, com objetivo de alcançar uma resposta adequada e desafiar o ceticismo e sua influência na interpretação do Direito.³²⁷

Assim, no contexto de multiplicidade de teorias e interpretações gerado pela crise do projeto racional da modernidade, ganharam força as ideias céticas de negação da verdade, encarada como “instrumento superado e não-confiável”.³²⁸ Para os entusiastas dessa noção, não existem mais verdades absolutas e seria necessário separar completamente as formas de conhecimento de qualquer conexão com a realidade.³²⁹ Por conseguinte, o pensamento cético, no contexto judiciário, se concretiza como a negação de qualquer possibilidade de decisão correta sobre um assunto. Tem-se uma dificuldade em defender um critério objetivo de verdade, desconfiando-se de qualquer perspectiva não-contextual.

Para as teorias céticas, existem diferentes pontos de vista sobre todos os assuntos e, por isso, a verdade não está ao alcance da comunicação humana.³³⁰ A razão inexistente enquanto absoluta: rejeita-se, assim, a racionalidade e as verdades eternas e se afiança que não há sentido em avaliar uma conduta como boa ou ruim, ou mesmo avaliar uma escolha política.³³¹ Os céticos frequentemente se autodeclaram contra as “teorias filosóficas” (com exceção da sua própria), porque

³²⁶ Fase nomeada por Taruffo de “pós-pós-moderna”, que implicou em notáveis mudanças de perspectiva no que concerne ao problema de verdade. Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 99.

³²⁷ LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016, p. 75-76.

³²⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 95

³²⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 98

³³⁰ LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016, p. 76-78.

³³¹ MANSUR, João Paulo. Dworkin além da metafísica e do ceticismo. **Revista Direito e Liberdade**, v. 17, n. 2, p. 47-85, maio/agosto de 2015, p. 54.

estas são produzidas por filósofos que não entendem a inexistência de respostas certas para as perguntas que alegadamente enfrentam.³³²

Com objetivo de debater e desmistificar esse pensamento, Ronald Dworkin³³³ recorre a outros critérios, como os valores gerais da sociedade, para organizar uma estrutura básica de justiça e direitos que regem a vida social. Os sujeitos desenvolvem juízos morais como forma de possuir certezas e verdades cuja negação redundaria em um sentimento de incerteza e desconfiança, impedindo que haja uma discussão séria sobre direitos fundamentais, por exemplo; uma discussão séria sobre o Direito.³³⁴ A fundamentação da teoria de Dworkin, portanto, dirige-se no sentido de combate das correntes que buscam negar a verdade dos valores e da moralidade. Negar a objetividade e a verdade das convicções, afinal, “são intervenções sem sentido, improdutivas e cansativas”.³³⁵

Em suas reflexões sobre a existência da verdade, Dworkin acredita que as teses dos céticos são erradas e perigosas ao rejeitarem qualquer possibilidade de um posicionamento moral estar certo. Em seu entendimento, as pessoas moralmente responsáveis procuram a verdade, mesmo que não a encontrem. Se duas pessoas, por exemplo, raciocinam sobre o mesmo problema de maneira responsável e não chegam à mesma solução, isso não significa que não houve objetividade em sua busca por respostas: ambas, pois, possuem a mesma convicção de que existe uma resposta *certa* para o problema. As dúvidas e contradições em relação ao que as pessoas consideram certo e errado, no caso concreto, implicam a necessidade de elaboração de explicações coerentes e gerais

³³² DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 30.

³³³ Aqui se recorre ao pensamento do autor por serem reflexões úteis acerca de como a questão da verdade se insere na Teoria do Direito. Contudo, é necessário ressaltar que Ronald Dworkin faz suas considerações a partir do contexto específico do direito estadunidense, pensando em soluções que se referem e são conceituadas para aquele sistema de justiça. Por esse motivo, sua perspectiva nem sempre é válida para apontar caminhos a serem seguidos no contexto brasileiro e, portanto, procurar-se-á cautela ao articular as suas considerações.

³³⁴ FALCÃO, Clóvis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013, p. 246-250.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 35.

de suas opiniões.³³⁶ Essa necessidade é suprida pelas teorias morais, que servem para fundamentar as decisões particulares das pessoas.³³⁷

Dworkin não nega, portanto, que exista diversidade de opiniões, mas considera que o desacordo não é um argumento para afirmar que as convicções morais estão erradas ou falsas.³³⁸ Deve-se valorizar o debate e a liberdade de expressão, sendo “preferível acreditar”.³³⁹ Desse modo, mesmo o “mais ferrenho adepto da tese da objetividade” deve questionar se a sua resposta está correta, e até pode concordar que há bons argumentos divergentes. Pode ver razões sustentáveis nos argumentos de todos os lados e inclusive concluir que nenhum dos conjuntos de argumentos é mais forte do que os outros. Esse intérprete, pois, encontra-se perante a incerteza de uma resposta correta, diferindo-se do intérprete que encontra uma resposta indeterminada.³⁴⁰

No Direito, a necessidade funcional de uma decisão é em si mesma um fator, porque qualquer argumento de que o Direito é indeterminado acerca de alguma questão deve reconhecer as consequências dessa verdade e as levar em consideração. Dessa forma, por exemplo, quando juristas discordam e não há argumento definitivo disponível para conciliá-los, conclui-se que não dar razão para nenhum deles é melhor que dar razão para qualquer um. No entanto, para Dworkin, alguém que defenda a opinião de que não há razão que possa favorecer qualquer

³³⁶ FALCÃO, Clóveis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013, p. 240.

³³⁷ Nas palavras de Dworkin: “Quando nos dizem que quaisquer convicções que nos esforçamos para atingir não podem ser, em qualquer caso, consideradas verdadeiras ou falsas, ou objetivas, ou parte daquilo que sabemos, ou que elas são somente jogadas em um jogo de linguagem, ou somente o vapor das turbinas das nossas emoções, ou somente projetos experimentais que deveríamos provar para ver como nos cabem, ou somente convites a pensamentos que podemos achar divertidos, ou recreativos, ou menos enfadonhos do que as formas pelas quais estamos acostumados a pensar, devemos responder que essas sugestões denegridoras são todas falsas, somente má filosofia. São intervenções sem sentido, improdutivas e cansativas, e devemos esperar que os espíritos pesados de nossa era que as nutrem, em breve se elevem.” Em: DWORKIN, Ronald. *Objetividade e verdade: melhor você acreditar*. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 29-30.

³³⁸ LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016, p. 81.

³³⁹ FALCÃO, Clóveis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013, p. 249.

³⁴⁰ Para Dworkin, a indeterminação é típica de um cético que faz afirmações morais para demonstrar que inexistente uma resposta correta. LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016, p. 79-80.

um dos lados em um caso controverso ainda assim precisa defender o lado da indeterminação.³⁴¹

Há uma tese difundida que, em casos jurídicos muito difíceis (também chamados *hard cases*), entende-se não haver resposta certa quando a lei é indeterminada sobre o assunto e os juristas estão divididos. Os juristas, de forma geral, deparam-se com problemas técnicos que não podem ou não são resolvidos por consenso, de modo que a Teoria do Direito acaba se perdendo em divergências conceituais. Essa tese de que “não há resposta certa”, contudo, não pode ser verdadeira por definição, porque ela insiste que não há razão jurídica para considerar as alegações de um lado mais fortes que a de outro.³⁴²

Em suma, Dworkin acredita que a inexistência de uma verdade absoluta em casos difíceis não significa que não pode haver uma resposta certa³⁴³, e sim que os juízes devem ter o compromisso de tomar uma decisão que preencha da melhor maneira possível o sentimento de integridade e justiça. Assim, caso se admita que não existe verdade absoluta, os juízes precisam buscar uma linha coerente que integre passado e futuro por meio das instituições, textos legais e precedentes; não

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 29.

³⁴² Como aduz Dworkin: “Alguém que defenda a opinião de que não há razão que possa mover o fiel da balança em qualquer sentido em um caso controverso enfrenta uma tarefa de enorme dificuldade, muito mais difícil do que aquela enfrentada por alguém que queira argumentar em favor de uma decisão ao invés de uma outra em um caso específico. Como pode apelar a alguma teoria abstrata muito genérica como o positivismo jurídico? Alguém que defenda uma afirmação global de indeterminação sobre a moral, a ética ou a estética – de que nunca há uma resposta certa para qualquer pergunta sobre o que devemos fazer, como devemos viver ou o que é maravilhoso – tem um problema ainda maior, e a sua necessidade de uma teoria muito abstrata que permita essas conclusões globais parece ainda mais evidente. Essas são afirmações verdadeiramente heroicas de uma vasta pretensão teórica, e tentar vesti-las nas roupas modestas do senso comum ou da praticidade é mais cômico que persuasivo.” Em: DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 30.

³⁴³ Nessa seara, o que Dworkin defende é o uso da interpretação do Direito feito pelo intérprete em casos difíceis. Em tal interpretação, as decisões judiciais ocorrem no sentido de dar cumprimento a um direito individual, mas nem sempre se baseiam na legislação ou em precedentes, que muitas vezes não expressam a existência de um direito. Entretanto, as lacunas deixadas pelos textos legais não são, no seu entendimento, preenchidas por uma “invenção” do julgador, e sim por princípios ou diretrizes implícitos nos precedentes e regras. Isto é, a interpretação é feita com base em regras, precedentes ou costumes, mas também com base nesses princípios e diretrizes ocultos no Direito existente. Em: DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013, p. 29.

devem simplesmente aplicar critérios arbitrários. O juiz tem um dever para com a sociedade, e a teoria jurídica deve definir se esse dever foi realmente cumprido.³⁴⁴

Enquanto o Direito é o “mundo da decisão”, o processo é o contexto jurídico no qual essa característica se manifesta com mais evidência.³⁴⁵ Essa decisão, por sua vez, obviamente não é aleatória; isto é, não é pronunciada por meio da adivinhação do juiz, ou um jogo de loteria, uma intuição irracional ou, ainda, pela observação dos voos dos pássaros. A decisão se baseia, no contexto contemporâneo³⁴⁶, em um procedimento racional, em conformidade com regras e princípios. Nesse procedimento, pressupõe-se a “descoberta” da verdade sobre os fatos pelo juiz, que lhes aplica, por meio do juízo de subsunção, a regra abstrata e hipotética prevista pelo ordenamento.³⁴⁷ A verdade, portanto, se apresenta como indispensável para o processo civil, de modo que é “preferível acreditar” em sua aplicabilidade.

Nesse tema, Michele Taruffo³⁴⁸, importante expoente do processo civil, ao desenvolver suas teorias sobre a verdade no processo civil, exalta que a verdade “é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma”.³⁴⁹ Em que pese não descarte as dificuldades teóricas e de aplicação do conceito, ao mesmo tempo em que reconhece estar ultrapassada a época das

³⁴⁴ FALCÃO, Clóvis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013, p. 232-233.

³⁴⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 223.

³⁴⁶ Foucault, sobre o assunto, lembra que a busca pela verdade por meio do “inquérito” é típica da modernidade. O Direito feudal, por exemplo, essencialmente germânico, regulamentava o litígio pelo sistema da prova (*épreuve*). Provava-se não a verdade, mas a força, a importância de quem dizia. As provas eram das mais variadas: podiam ser provas sociais (exemplo: encontrar testemunhas que juravam em seu favor), provas do tipo verbal (pronunciar fórmulas), provas mágico-religiosas (juramento), provas corporais (ordálios). Não se tratava dizer a verdade, mas sim de uma espécie de jogo de estrutura binária – ganha ou perde, um ganha e o outro perde. A prova era automática e autoridade só intervinha para garantir a regularidade do procedimento. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 30.

³⁴⁸ Destarte, recorre-se ao pensamento de mais um autor estrangeiro por ser impossível ignorar as contribuições de Taruffo para o tema da verdade no processo civil e por se estar de acordo com grande parte de suas formulações. Mais uma vez, porém, aponta-se para a cautela em incorporar com completude a teorização de Taruffo, visto que fazem referência à realidade do direito italiano, sua estrutura normativa e possibilidades jurídicas. Assim, busca-se o diálogo entre Taruffo e autores brasileiros, bem como reserva-se os próximos tópicos para discutir as consequências das premissas aqui estabelecidas sobre a verdade para o processo civil no Brasil.

³⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 102.

“Verdades com ‘v’ maiúsculo”, Taruffo entende ser possível discutir o “insolúvel problema” da verdade, rejeitando, portanto, as teses céticas. Na mesma senda, defende a unicidade do conceito de verdade, opondo-se às doutrinas³⁵⁰ que sustentam a distinção da verdade jurídica de outras verdades, “ordinárias” ou “normais”. A verdade jurídica, nesse entendimento, está sujeita aos mesmos problemas filosóficos e epistemológicos aos quais o conceito de verdade, como um todo, está submetido.³⁵¹

Nesse ponto, cabe comentar os argumentos daqueles que, ao contrário de Taruffo, acusam a *verdade jurídica*³⁵² de ser vaga, enigmática e duvidosa, não podendo ser confundida com as demais acepções de verdade. Nessa concepção, tem-se que a verdade não está no singular porque, “sob a cobertura de uma definição única, simples e tradicional (...) se dissimulam, na realidade, a pluralidade e a complexidade inerentes a uma determinada adequação ou determinado acordo”³⁵³, que possuem sentidos diferentes considerando qual o tipo de verdade de que se fala (se é verdade científica, filosófica, histórica etc). Assim, é possível desenvolver algumas peculiaridades da verdade jurídica.

A primeira particularidade é que – enquanto à verdade científica, por exemplo, concernem julgamentos analíticos, “de realidade” – a verdade jurídica se baseia em julgamentos normativos, mesmo que fundada em julgamentos de realidade. A coisa julgada³⁵⁴, afinal, é o que foi julgado *de fato* e *de direito*, incluindo a qualificação jurídica dos fatos, a apreciação das provas e a fixação eventual da pena. Se a dimensão constitutiva dos julgamentos sobre os quais se funda a decisão

³⁵⁰ VAN DE KERCHOVE, Michel. **La verité judiciaire**: quelle verité, rien que la verité, toute la verité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1, p. 95-101.

³⁵¹ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23-24.

³⁵² Aqui adota-se verdade jurídica como sinônimo de *verdade judiciária* ou *verdade judicial*, apesar de se reconhecer a possibilidade de diferenciar os três termos.

³⁵³ Tradução livre do original: “sous le couvert d'une définition unique, simple et traditionnelle, comme l'adéquation entre la pensée et l'objet de la pensée ou l'accord de notre discours avec la réalité (Ricoeur, 1955, 143), se dissimulent en fait la pluralité et la complexité inhérentes à une telle adéquation ou à un tel accord”. Em: VAN DE KERCHOVE, Michel. **La verité judiciaire**: quelle verité, rien que la verité, toute la verité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1, p. 95.

³⁵⁴ Sobre o assunto, Marinoni e Arenhart comentam que a coisa julgada é um instituto de grande relevância para se comentar a questão da verdade no processo civil. De acordo com eles: “Até a Idade Média, partindo-se de uma lição de Ulpiano (D. 1.5.25), a natureza jurídica da coisa julgada era fundada na presunção de verdade sobre os fatos versados na sentença. A escolástica via na verdade o objetivo básico do processo: essa era a premissa menor do silogismo (fato) a ser aplicada à premissa maior (matéria de direito) a fim de se chegar à conclusão (decisão)”. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33.

judiciária justifica a atribuição à coisa julgada de uma presunção de verdade, a sua dimensão normativa ou performativa, ao contrário, não permite uma avaliação em termos de verdade.

A segunda peculiaridade da verdade jurídica reside no tipo de raciocínio privilegiado utilizado para manifestá-la. O caráter do contraditório das argumentações e a estrutura dialógica ou dialética do processo constituem sem dúvida uma das garantias mais reais da manifestação da verdade jurídica.³⁵⁵ Porém, a verdade produzida por esse raciocínio resulta de uma escolha entre as versões dos fatos, das qualificações jurídicas, das interpretações e das conclusões potenciais que podem ser defendidas. A verdade, desse modo, invariavelmente possui dois (ou mais) lados. Por esse motivo, não se pode esquecer que se inscreve em uma lógica fundamentalmente dialética no procedimento.

Uma última peculiaridade é o caráter relativamente regulamentado do processo que procura manifestar a verdade, o que pode limitar a busca por esta. Os limites fixados pela lei possuem uma preocupação em garantir a verdade, na medida em que, por exemplo, impõem regras para a produção de provas. O resultado é que tanto o *grau* quanto o tipo de verdade alcançados pelo processo são necessariamente afetados.³⁵⁶ Devido a essas peculiaridades, a verdade jurídica se caracteriza pela imposição legal dos meios de sua obtenção. Ao contrário dos cientistas e historiadores, os atores do processo civil não são livres, porque o processo deve ser ditado pelas normas.³⁵⁷

¹⁸ Van De Kerchove apregoa: “Dans une telle perspective, loin d'apparaître comme le signe d'une carence ou d'une faiblesse, le caractère «contradictoire» de l'argumentation et la structure «dialogique» ou dialectique du procès constituent sans doute l'un des garants les plus réels de manifestation de la vérité judiciaire. La vérité ainsi produite, cependant, résulte d'un choix entre des versions des faits, des qualifications juridiques, des interprétations et des conclusions potentielles qui, bien que souvent opposées, pouvaient être les unes et les autres rationnellement «défendables», ce qui permet de dire que la vérité (au sens non judiciaire) est – sous des angles différents – des deux côtés.” Em: VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? Déviance et Société, 2000, v. 24, n. 1, p. 96.

³⁵⁶ VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? Déviance et Société, 2000, v. 24, n. 1, p. 95-101

³⁵⁷ Na acepção de Le Masson: “En fin de compte, la Science présente le même caractère humain, et donc aléatoire, que tout autre objet de connaissance. Nous l'avons vu, quel que soit cet objet, la vérité est assise sur la confrontation logique de paramètres à l'intérieur d'un syllogisme. De ce point de vue, il n'existe pas de différence de structure entre les vérités scientifique, historique ou judiciaire. Quant à la méthode, la vérité est toujours atteinte par le recoupement de diverses données. Ce qui différencie vraiment la vérité afférente à chaque domaine, c'est d'abord le contenu des prémisses du syllogisme. Em ce qui concerne la vérité judiciaire, se dégageant de l'application d'une règle juridique à des faits litigieux, il s'agit du fait et du droit. Mais c'est également la technique mise en oeuvre pour as recherche. Dès lors, la vérité judiciaire a ceci de particulier que la loi impose les moyens de son

A respeito do tema, conforme já explorado, lembra-se de que a busca pela verdade ocupa tradicionalmente um lugar não negligenciável entre os objetivos do processo. Essa busca, contudo, não exclui outros objetivos legítimos que podem, inclusive, aparecer como *limites* a si; explica-se melhor: pelo jogo processual, além de se investigar a verdade dos fatos para a adequada e justa aplicação do direito, devem-se respeitar as normas estruturantes do ordenamento jurídico, tais quais os princípios da segurança jurídica, equidade e igualdade e os direitos fundamentais.³⁵⁸ O questionamento que se faz, então, é se toda a verdade deve ser manifestada no processo, já que essa hipótese pode significar que outros princípios serão violados.

Com efeito, a partir do momento em que se admite que a verdade pode entrar em conflito com outros valores, em nome dos quais esta pode ser legitimamente sacrificada, uma das consequências inevitáveis reside no fato de que toda a verdade não será – ou arrisca não ser – manifestada. Em alguns casos, esse risco não será efetivamente realizado, na medida em que é possível reunir elementos suficientes em meios de prova lícitos para o adequado convencimento do juízo – sem necessitar admitir os meios ilícitos, por exemplo. Em contrapartida, em outros casos, como aqueles em que apenas as provas obtidas de forma irregular podem apresentar uma nova versão convincente dos fatos, a verdade não será, de toda, descoberta.³⁵⁹

Nesse sentido, é certo que as regras sobre a produção de provas não apenas regulam a atividade do magistrado em sua busca pela verdade, mas também fornecem limites ao contexto probatório. Ao se resguardar outros interesses, importantes para a estrutura do ordenamento jurídico, ou até mesmo condicionar a eficácia das provas produzidas às formalidades exigidas pela legislação, sacrifica-se a descoberta da totalidade dos fatos ocorridos. Diante desses impasses, há ainda muita discussão sobre a possibilidade de se atingir a verdade no contexto do processo. Não obstante, reconhece-se a importância desse parâmetro

obtention. Contrairement à l'historien ou au scientifique, les acteurs du procès civil ne sont pas libres de leur démarche. Le processus devant conduire à la vérité judiciaire est dicté par des textes.” Em: LE MASSON, Jean-Marc. La recherche de la vérité dans le procès civil. **Droit et société**, n. 38 (Vérité historique, vérité judiciaire), 1998, p. 23.

³⁵⁸ Por exemplo, ao se respeitar o contraditório e, eventualmente, negar a admissão de certos meios de prova, e ao se rejeitar os meios de prova que envolvem tortura, tratamentos desumanos, desrespeito à privacidade etc. VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1, p. 99.

³⁵⁹ VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1, p. 99-100.

para a adequada e justa solução do conflito³⁶⁰, com a adoção de uma argumentação cada vez mais sofisticada contra o clima de incerteza e ceticismo em relação à ordem jurídico-política.

2.2 Da verdade formal à “simples verdade” de Michele Taruffo

Destarte, em que pese não seja unânime a possibilidade de alcance de uma “verdade” dos fatos no processo civil³⁶¹, admite-se aqui a concessão racional e analítica da verdade jurídica, que aparece como essencial para a decisão articulada e justificada, garantindo o êxito do procedimento.³⁶² Com essas considerações, a questão que resta, nesse tema, é de qual verdade trata o processo civil, qual a verdade que deve ser almejada e, eventualmente, até alcançada no jogo processual.

Por muito tempo, a doutrina jurídica considerou que no contexto judicial apenas é possível se falar na denominada verdade formal. Trata-se de um contexto bem específico, porque nele não se pode valer de qualquer meio para buscar a verdade³⁶³: a verdade formal, pois, deve ser obtida como resultado da atividade probatória, realizada conforme as regras processuais.³⁶⁴ Ela costuma ser identificada como uma ficção, na medida em que não corresponde exatamente ao que ocorreu na realidade e sim ao que foi pronunciado pelo juiz como verdade: é aquela “refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”.³⁶⁵

³⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33.

³⁶¹ Marinoni e Arenhart, por exemplo, refutam a tese de que é possível atingir a verdade no processo civil. Argumentam da seguinte forma: “permanecer cultuando a ilusão de que a decisão judicial está calcada na verdade dos fatos, gerando a falsa impressão de que o juiz se limita, no julgamento, a um simples silogismo, a um juízo de subsunção do fato à norma, é algo que não tem mais o menor respaldo, sendo mito que deve ser contestado. Esse mito, de qualquer forma, já está em derrocada, e não é a manutenção da miragem da verdade substancial que conseguirá impedir o naufrágio dessas ideias.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 48.

³⁶² DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: (uma análise filosófico-processual da verdade voltada a Teoria Geral da Prova). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 1999, p. 321-322.

³⁶³ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 24.

³⁶⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 62.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 35

Estando estritamente relacionada ao contexto processual, a verdade formal diferencia-se da chamada verdade substancial.³⁶⁶

A verdade substancial, bastante explorada pela doutrina, faz referência à concordância entre o fato ocorrido no mundo real e a versão pronunciada, no processo, a respeito dele. No plano filosófico, ela se vincula ao paradigma do ser³⁶⁷ – no qual, conforme a fundamentação ontológica da filosofia grega, o ser e o mundo coincidem.³⁶⁸ Embora superada pela filosofia moderna, essa concepção em muitos casos permanece presente nos estudos processualistas. De modo geral, aponta a preocupação em estabelecer se o fato narrado no processo coincide exatamente como o fato ocorrido no mundo físico.³⁶⁹

Essa distinção, entre verdade formal e substancial, se relaciona ainda às formas como o processo civil e o processo penal tratam da verdade.³⁷⁰ Nesse ponto, o processo penal elaboraria uma verdade substancial, enquanto para o processo civil estaria suficiente a verdade formal. Isso porque, para os teóricos do processo civil, a verdade substancial é inatingível³⁷¹, tendo maior relevo a observância dos requisitos legais da instrução probatória do que o conteúdo material da prova.³⁷² Reconhece-se, assim, que a decisão judicial não está calcada na verdade que é

³⁶⁶ Para Taruffo, essa é uma distinção inútil. Contudo, é importante pontuá-la aqui por ser bastante comentada pela doutrina. Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 104-105.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 35 *et seq.*

³⁶⁸ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 20.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 36-37.

³⁷⁰ Sobre o tema, Van De Kerchove explica que a manifestação da verdade é um objetivo central – ou até exclusivo – do processo penal. Ele retoma, para isso, a consideração de alguns autores: Bentham (1829), para quem, na sua época, o processo não se preocupava com a busca da verdade, não sendo o juiz “amigo da verdade”; Hélie (1865), para quem o processo penal não tem nada além de um objetivo: a busca pela verdade; Spencer, Deleuze e Vorms (1993), para quem os sistemas de prova possuem um único objetivo: a manifestação da verdade. Por outro lado, o autor discorre que, acerca do direito civil, Rousseau (1939) considerou que “o objetivo do processo não é a descoberta da verdade mais do que o objetivo da guerra não é o triunfo do direito. Faz-se a guerra para se impor a paz, faz-se um processo para obter a coisa julgada.” (tradução livre do original) Em: VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1, p. 95-101.

³⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005.

³⁷² Como lecionam Marinoni e Arenhart: “Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 35.

“melhor” e “mais perfeita”, uma vez que o juiz se contenta com a ficção, a “verdade imperfeita”, para proferir suas decisões.³⁷³

Esse entendimento, como se demonstra, resta ultrapassado pelo desenvolvimento da doutrina jurídica, sendo considerado atualmente sem qualquer utilidade teórica.³⁷⁴ É notório, acerca do assunto, o pensamento de Francesco Carnelutti³⁷⁵, que em seus estudos costumava considerar como escopo do processo a busca pela verdade substancial e o seu resultado a conquista de uma verdade formal. Carnelutti, entretanto, repensou esse posicionamento e passou a justificar que a verdade é e apenas pode ser uma – aquela que costumava chamar de verdade formal não era a verdade, visto que não há garantias de que ela possa de fato ser atingida. Com efeito, para o autor, a existência de regras processuais não é um obstáculo na busca pela verdade e, logo, não se justifica a existência de uma verdade formal.³⁷⁶ Mesmo que essas normas estabeleçam limites, apenas regulam as formas com as quais se podem provar os fatos.³⁷⁷

Nesse passo, Carnelutti propõe substituir a noção de verdade pela noção de certeza.³⁷⁸ Ao explorar o conceito certeza, afirma que este implica uma escolha. Esse reconhecimento acarretou a compreensão não apenas do verdadeiro significado do conceito, mas também o drama do processo: mesmo quando os indivíduos não podem julgar porque lhes restam dúvidas, devem condenar ou não, devem realizar uma ação.³⁷⁹ O juiz, após examinar e valorar as provas e sopesar as razões, ainda assim pode continuar com alguma dúvida que não conseguiu eliminar.

³⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 7, 2005, p. 7.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 34-37.

³⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Volume XX (II Serie), anno 1965.

³⁷⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, p. 24-25.

³⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 7, 2005, p. 13-14.

³⁷⁸ Nesse ponto, identifica-se que Carnelutti operou uma “mudança de paradigma”, ao abandonar o paradigma do objeto para se fincar no paradigma do sujeito, uma vez que a certeza é um conceito nitidamente subjetivo e pertencente ao sujeito cognoscente. Reproduzindo a verdade cartesiana, Carnelutti entende que o fundamento da certeza é a consciência do sujeito, de modo que as ideias claras e distintas devem ser aceitas como verdades. Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: (uma análise filosófico-processual da verdade voltada a Teoria Geral da Prova). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 1999.

³⁷⁹ Carnelutti compreende que o “não julgamento por falta de provas”, mesmo que seja usual, representa uma falha do sistema de tutela dos direitos. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Volume XX (II Serie), anno 1965, p. 8.

De qualquer forma, precisa escolher, porque de sua escolha depende o resultado do processo.³⁸⁰

Carnelutti sugere, então, que a certeza pertence ao reino da ação, da liberdade, não ao reino do pensamento. A seu ver, a falta de certeza é nociva para a justiça, que deve apresentar uma resolução satisfatória para o caso.³⁸¹ Nada obstante, Michele Taruffo considera que substituir o conceito de verdade pelo de certeza é nocivo para o processo. Como a verdade é deixada de lado e vista como desnecessária, abre-se espaço para a ideia de que o fundamento da decisão deve ser o grau de persuasão subjetiva do juiz. O resultado, portanto, indiferentemente do grau de intensidade do convencimento do magistrado, seria a arbitrariedade da decisão tomada.³⁸²

Na trilha dessas problematizações, cabe ainda explorar e lapidar outros conceitos que são considerados pela doutrina quando se estuda a verdade no processo civil. Destacam-se, sobretudo, as distinções e observações relevantes sobre as noções de probabilidade e verossimilhança.³⁸³ A começar, é preciso considerar que, embora a linha distintiva entre esses conceitos seja imprecisa e tênue, a doutrina costuma diferenciá-los com base na seguinte constatação de

³⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Volume XX (II Serie), anno 1965, p. 7-8.

³⁸¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 108-110.

³⁸² Sobre o assunto, Taruffo ainda completa: “Naturalmente, dizer que essa certeza deve ser ‘profunda’, ‘elevada’ ou ‘absoluta’ não significa acrescentar coisa alguma a tudo isso: na melhor das hipóteses, trata-se de recomendações dirigidas ao juiz, no sentido de que ele não deve ser apressado ou superficial na formação das próprias certezas, devendo, ao contrário, dedicar-se a uma séria e profunda introspecção, escavando nas camadas mais recônditas de seu ser. O mínimo a pedir é que o juiz evite decidir de modo superficial; todavia, a exigência de que a introspecção seja séria não diz coisa alguma sobre a possibilidade de que essa produza um convencimento verídico sobre os fatos da causa. A intensidade e a profundidade do convencimento não garantem de fato a verdade daquilo que é seu objeto.” Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 110.

³⁸³ Taruffo comenta: “O conceito de verossimilhança é frequentemente confundido, tanto no discurso corrente como no jurídico, com o de probabilidade: isto é, tende-se a pensar que se um enunciado é verossímil, então, é também provável; ou seja, tende-se a pensar que esse é provavelmente verdadeiro. Nesse uso linguístico estão contidos alguns equívocos, que derivam tanto da confusão (a que fizemos referência recentemente) entre verdade e verossimilhança, quanto daquela - que reina soberanamente entre aqueles que não se ocupam diretamente do tema - sobre o conceito de probabilidade e sobre suas relações com o conceito de verdade.” Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 112-113.

Calamandrei:³⁸⁴ “verossímil é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro” e “provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro”.³⁸⁵

O conceito de probabilidade, substancialmente, pode ainda ser relacionado a “uma função da justificativa que se atribui a um enunciado, com base nos elementos cognoscitivos disponíveis”.³⁸⁶ Em geral, a noção é também atribuída a uma série de teorias elaboradas para se considerar a verdade de um prisma quantitativo. Uma delas é a da probabilidade quantitativa, que busca explicar a noção da verdade judicial a partir do peso das provas no momento da decisão. Essa teoria se desenvolveu com base no teorema de Bayes, sendo popular particularmente nos Estados Unidos. Sua principal ideia é que, por meio de cálculos de probabilidades matemáticas, é possível determinar o índice de probabilidade que se deve atribuir a uma determinada hipótese jurídica. Esse resultado é um número entre 0 e 1, o número expressando a confiabilidade do enunciado/hipótese, com base nos meios de prova apresentados.³⁸⁷

Ainda, desenvolveu-se a teoria da *probabilidade lógica*, que leva em conta os modelos lógicos que “podem ser usados como meios para racionalizar as inferências em situações nas quais a confiabilidade de uma hipótese fática necessita ser comprovada sobre a base de alguns meios de prova”.³⁸⁸ O principal objetivo é determinar quais e como se sustentam as inferências que podem se realizar a partir dos meios de prova relevantes. Isto é, os elementos de prova são assumidos como premissas das quais se podem extrair inferências.

Em suma, a noção de probabilidade permite uma aproximação da verdade ideal, que é aquela atingível por meio do procedimento e das garantias legais, sustentando-se em razões válidas para demonstrar se um enunciado é verdadeiro ou falso.³⁸⁹ Por outro lado, para diferenciá-la do conceito de probabilidade, pontua-se que a verossimilhança não apresenta elementos de cognição que indicam a

³⁸⁴ Cabe comentar que Calamandrei também diferencial provável e verossímil do conceito de possível, que ele entende como “aquilo que pode ser verdadeiro”. CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, v. 10, n. 1, p. 164-192, genn./dic., 1955, p. 170.

³⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, v. 10, n. 1, p. 164-192, genn./dic., 1955, p. 170.

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 113.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 30-32.

³⁸⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 32.

³⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 07, 2005, p. 21.

veracidade ou falsidade de um enunciado: “a verossimilhança diz respeito somente à eventual normalidade daquilo que o enunciado descreve”.³⁹⁰ A verossimilhança se apresenta, então, como uma verdade aproximada e factível, já que é verossímil aquilo que corresponde à normalidade dos comportamentos ou acontecimentos.

De modo a atingir com mais exatidão o conceito de verossimilhança, é possível utilizar a ideia da “máxima da experiência”, proposta por Calamandrei. De forma breve, como a verossimilhança é a ideia atingida a partir do que normalmente acontece, pontua-se que essa ideia depende de critérios subjetivos e variáveis, uma vez que estão relacionados à percepção de “normal” tida pelo sujeito cognoscente.³⁹¹ Assim, para se julgar verossímil um enunciado relativo a um evento, deve-se dispor de conhecimento preliminar sobre a normalidade de sua ocorrência.³⁹²

Nesse passo, a “máxima da experiência” é a aproximação máxima da verdade, ou seja, é um resultado que se assemelha à verdade com base muito mais na convicção do juiz de que aquele fato é verossímil (ou seja, próximo da verdade) do que em critérios objetivos. Atenta-se que a decisão é tomada não com base na verdade, mas sim na verossimilhança: não revela a verdade dos fatos, mas impõe, como verdade, certos dados considerados, pela decisão, como pressupostos.³⁹³ Não há uma adequada correspondência entre verossimilhança e verdade, por isso o fato, embora verossímil, pode não ter ocorrido. Depende-se muito do enunciado do fato, como ele foi escrito e desenvolvido, para que pareça verossímil, mesmo que não verdadeiro.³⁹⁴

³⁹⁰ Para Taruffo: “pode-se fazer uma distinção entre verossimilhança e probabilidade, já que (conforme visto há pouco) o juízo de verossimilhança não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, enquanto a probabilidade diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso. Por assim dizer, a probabilidade fornece informações sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, ao passo que a verossimilhança diz respeito somente à eventual «normalidade» daquilo que o enunciado descreve. Ambos os conceitos se referem a critérios de qualificação diferentes e não coincidentes.” Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 113.

³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 44.

³⁹² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 111.

³⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 07, 2005, p. 9.

³⁹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 112.

Diante dessas problemáticas, denuncia-se que o conceito de verossimilhança, igualmente, é insuficiente para tratar das cogitações sobre a verdade no contexto processual. Os fatos considerados “ordinários” e “normais” nem sempre correspondem ao grau máximo de cognição possível em um caso concreto e, ainda, nem sempre o juízo de normalidade permite que se atinja o conceito ideal de verdade.³⁹⁵ É importante pontuar, nesse sentido, que em conformidade com as normas previstas no ordenamento jurídico, a construção de qualquer juízo do que é verdadeiro ou falso deve ser fundada na atividade probatória, não podendo depender de juízos de verossimilhança.³⁹⁶

Descartados, portanto, todos os conceitos acima relatados (de verdade formal à verossimilhança), resta procurar traçar uma noção de verdade que se adeque ao plano do processo civil. Com efeito, tem-se mostrado relevante para a doutrina processual a ideia de verdade consensual, que tem como base a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.³⁹⁷ O pressuposto geral dessa noção é que o procedimento para a construção da verdade é inteiramente dialético e envolve a participação e argumentação de todos os envolvidos. A verdade, pois, é formada por meio da argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes, de forma que não é descoberta pelo juiz, mas sim construída pelo diálogo argumentativo.³⁹⁸

Desse modo, diante do caráter dialógico de sua teoria, identifica-se no pensamento de Habermas um instrumento valioso para se pensar a lógica do processo civil. Como no paradigma linguístico³⁹⁹ o conhecimento é travado na relação intersubjetiva, a interferência entre os sujeitos permite o conhecimento – ou até a elaboração – dos fatos.⁴⁰⁰ Ao se formular essa hipótese em relação ao

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 44.

³⁹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 112.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 48.

³⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid, v. 07, 2005, p. 14.

³⁹⁹ De início, retoma-se brevemente que o pensamento de Habermas se insere no contexto da virada linguística-pragmática da filosofia contemporânea. Essa virada está relacionada à própria forma de se entender a filosofia: nesse novo paradigma, tem-se a linguagem como condição de fundamento de todo o pensar. Há um movimento que vai da consciência – na qual se fundou a modernidade, com o paradigma do sujeito – para a linguagem, conferindo à validação da verdade uma exigência dialógico-discursiva. LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 71-73.

⁴⁰⁰ Ao tratar das críticas à filosofia do sujeito, Habermas busca desmascarar a suposições mentalistas básicas de que o sujeito conhece seu estado mental melhor do que tudo o mais, de que o

processo civil, encara-se o processo não apenas como instrumento para reconstrução dos fatos e aplicação da norma respectiva: ele se torna palco de argumentação.⁴⁰¹

Nesse cenário, então, as versões parciais das partes autointeressadas se relacionam com o papel ativo do juiz⁴⁰² na condução do processo, sincronizadas em um diálogo que procura guiar a aplicação da lei pelo magistrado. Importa a promoção do debate judicial entre as partes, reconhecendo sua natureza dialética, com a consagração do princípio do contraditório.⁴⁰³ Nessa senda, no desenrolar do paradigma da linguagem⁴⁰⁴, “a conversação é um processo do acordo”.⁴⁰⁵

Destarte, o sujeito é interpretado como “aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros sujeitos”.⁴⁰⁶ A razão, por sua vez, se instaura a partir da comunicação linguística,⁴⁰⁷ que tem por objetivo o entendimento e o consenso –

conhecimento se efetua de modo essencial pela representação de objetos e de que a verdade dos juízos está apoiada em evidências, que garantem sua certeza. Com base na virada linguística, ele desconstrói a noção de que o sujeito cognoscente pode acessar um conhecimento certo quando se volta para suas próprias representações de objetos. Em suas palavras: “O conhecimento de objetos não é um modelo suficiente para o saber de estados de coisas proposicionalmente articulados. Quanto à verdade, ela é uma propriedade inalienável de enunciados criticáveis; só pode ser justificada por meio de razões, mas não ser autenticada pela gênese das representações.” Em: HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 233.

⁴⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid, v. 07, 2005, p. 19.

⁴⁰² É possível inferir: “Dessas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas. A argumentação probatória, portanto, deverá levar em conta, também, as características próprias do juiz, porque o seu convencimento, necessariamente, há de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais etc.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid, v. 07, p. 71-109, 2005.

⁴⁰⁴ Sobre o tema, ressalta-se a reflexão de Ludwig: “desdobramento do *paradigma da linguagem* indica a presença de uma *tipologia* que poderia, creio, ser classificada da maneira seguinte: (1º.) como *razão comunicativa* (Apel/Habermas); (2º.) como *razão sistêmica* (a la Luhmann) e, (3º.) como *razão hermenêutica* (Gadamer).” LUDWIG, Celso Luiz. **Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

⁴⁰⁵ GADAMER, Georg-Hans. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 499.

⁴⁰⁶ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 81

⁴⁰⁷ Acerca da razão comunicativa, desenvolve Habermas: “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras”. Em: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

esse é o sentido do agir comunicativo.⁴⁰⁸ Para Habermas, nesse pensamento, o agir comunicativo se manifesta quando “os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento”.⁴⁰⁹ No contexto processual, pois, seguindo a lógica de Habermas, as partes autointeressadas – por meio do diálogo e da participação – negociam a reconstrução e interpretação dos fatos, chegando à noção de verdade consensual.⁴¹⁰

Para que essa narrativa fática seja acordada e construída, a participação das partes no processo deve ter a abrangência mais completa possível. De um lado, portanto, importam as alegações pronunciadas pelos litigantes, que dizem respeito às situações de fato e de direito afirmadas para embasar suas pretensões. De outro, vale considerar ainda as comprovações que, como consequência, são elaboradas com intuito de convencer o magistrado de suas alegações. Nesse ponto, por sustentar ampla parte da participação das partes no meio processual, as provas assumem papel essencial, funcionando como argumento retórico e elemento da argumentação para gerar o convencimento do juiz.⁴¹¹

Sobre o tema, a prova é entendida como meio retórico na medida em que funciona para estabelecer o diálogo entre as partes e o estado-juiz. De modo geral, as provas produzidas devem se referir a alguma preposição feita pela parte, que é manifestada por meio da linguagem e da retórica.⁴¹² Ao tratar da função das provas no processo, porém, nem sempre a doutrina processualista chega a um consenso.

⁴⁰⁸ Acerca dessas questões, desenvolve Ludwig: “com base nessas pretensões de validade, desenvolve sua teoria da argumentação. Parte-se de um *consenso antecipado* (pretensões de validade), visando, por meio da argumentação, produzir o *verdadeiro consenso posterior*. Este consenso só pode ser obtido através da comunicação argumentativa. Para produzir o consenso racional, a situação de fala não é a real, porém *idealizada*. Habermas insiste que a situação de fala ideal não pode ser vista como um fenômeno empírico, como consenso fático. Trata-se de uma suposição necessária. Esclarece o filósofo que a situação de fala ideal não é uma condição empírica, mas uma suposição que admitimos para entrar em discursos”. LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 81-82.

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

⁴¹⁰ Não se pode ignorar que, no direito brasileiro, permite-se um acerto consensual das questões de fato e de direito pelas partes, com homologação do juiz (art. 357, § 2º, do Código de Processo Civil). Em outras palavras, no momento do saneamento do processo, as partes podem acordar e apresentar uma “delimitação consensual” dos fatos e da matéria de direito que, se homologada pelo magistrado, é vinculante.

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴¹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Uma visão mais tradicional relaciona a apresentação das provas com a construção da verdade dos fatos, de modo a levá-la a conhecimento do juiz.⁴¹³

Embora exista a percepção usual de que a prova é um fator de convencimento do magistrado, deve-se ressaltar que essa constatação não é absoluta.⁴¹⁴ Nada obstante, nessa lógica, a produção probatória por cada uma das partes tem como escopo convencer o juiz de sua própria versão dos fatos, para que obtenha o resultado mais favorável e o reconhecimento de sua pretensão.⁴¹⁵ Nesse conceito, provar integra o argumentar, tendo em vista que “não importa o quão emaranhado seja o discurso usado por alguém para apresentar alguma prova, se ela é realmente uma prova, então será possível traduzir (interpretar) tal discurso como argumentos”.⁴¹⁶

Independente do critério adotado, o juiz deve fundamentar sua decisão com base em argumentos probatórios elencados no processo, que legitimam e justificam a aplicação das normativas jurídicas.⁴¹⁷ A acepção da prova enquanto argumento de convencimento do magistrado, contudo, permanece como um dos pressupostos de um processo que se propõe mais argumentativo e cooperativo entre as partes autointeressadas. Essa percepção também sustenta a construção de um parâmetro de verdade que se pauta na discussão entre os atores processuais, promovendo uma reconstrução fática consensual e dialógica.⁴¹⁸

⁴¹³ Aqui se exemplifica: “Comumente, a definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função. Assim, por exemplo, manifesta-se Lessona, dizendo que ‘provar, nesse sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser’”. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴¹⁴ A produção probatória pode servir a outros fins que não o convencimento do Juízo. Como exemplo, pensa-se na possibilidade de produção antecipada da prova, conforme descrita no artigo 381 do Código de Processo Civil, que serve a fins que, inclusive, vão além das questões processuais. As provas, afinal, podem estar tão destinadas ao convencimento das partes quanto do magistrado.

⁴¹⁵ DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: (uma análise filosófico-processual da verdade voltada a Teoria Geral da Prova). 1999. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, p. 24.

⁴¹⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 53.

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴¹⁸ Destacam-se as observações de Perelman: “Quando um processo é iniciado, é importante restabelecer, assim que possível, a paz judiciária, observando os procedimentos que garantem um processo equitativo (“due process of law”) e um desfecho tão justo quanto possível. Uma condição prévia é que a decisão tenha um fundamento fático, que os fatos pertinentes sejam estabelecidos pela intervenção daqueles que têm o ônus da prova, ou seja, daqueles que terão seus pedidos indeferidos se a prova for insuficiente.” Em: PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 593.

Desse modo, o consenso elaborado por Habermas, adaptado ao processo civil, resulta na participação das partes e mediação do juiz, quem, ao final, decide qual o melhor argumento e, inclusive, pode contribuir para a argumentação discursiva. Na teoria habermesiana, quando os atores abandonam seu enfoque de “agente interessado imediatamente no próprio sucesso” e passam a adotar o papel de um “falante que deseja *entender-se*”, eles se unem em torno da validade de suas ações de fala e determinam os dissensos que serão considerados no decorrer da argumentação.⁴¹⁹

Nesse sentido, nas palavras do próprio Habermas, “a argumentação tem a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor de ou contra pretensões de validade controversas e serve à busca cooperativa da verdade”.⁴²⁰ Ao se dizer, pois, que a verdade resulta do consenso discursivo, assume-se que importa a forma pela qual a afirmação tida como verdadeira é obtida. Portanto, por mais que não se descarte o conteúdo da assertiva, é possível dizer que o verdadeiro tem como base, antes de tudo, o procedimento.⁴²¹ Nesses termos, para se sustentar a noção de verdade substancial, deve-se ter em mente que ela apenas pode ser construída com a adoção de um procedimento adequado; isto é, ela se atinge apenas cumpridas as formalidades exigidas – inclusive o respeito ao consenso.⁴²²

Por fim, então, entende-se que é cabível defender a verdade substancial com base nesses fatores, mas não sem ignorar as críticas que foram elaboradas

⁴¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

⁴²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 250.

⁴²¹ Nas palavras de Marinoni e Arenhart: “Isso implica dizer que verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do consenso discursivo. Há deslocamento da formulação da verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade. A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso. Tal, com efeito, é a garantia da universalidade do procedimento. A verdade não mais é buscada no conteúdo da assertiva, mas na forma pela qual ela é obtida (consenso). O conteúdo é evidentemente importante, mas nada tem a ver com a verdade, pois para esta apenas interessa a forma pela qual a afirmação é obtida. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 50-51.

⁴²² Marinoni e Arenhart, nessa lógica, elaboram o termo “verdade factível” e fazem as seguintes considerações: “Reformando a ideia de verdade formal, poder-se-ia dizer que o importante é obter a verdade ‘formal’, esclarecendo que o ‘formal’ aqui significa o procedimento utilizado para se atingir o conceito – procedimento esse que há de ser o consenso, atingido por meio do discurso habermesiano. A tanto pode-se chamar a ‘verdade factível’.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 54.

sobre a questão.⁴²³ Assim, embora não se rejeite o caráter argumentativo e dialético do processo civil, com base nas formulações de Habermas, percebe-se que a construção da verdade - enquanto pressuposto para o alcance dos escopos processuais - perpassa por critérios mais objetivos e pelos procedimentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Superadas essas reflexões, chega-se perto de construir uma noção mais completa da verdade processual. Para isso, em seguida se desenvolve o conceito de Michele Taruffo, que proclama ser a verdade, além de possível e atingível, “objetiva e boa”.⁴²⁴ No próximo tópico, desse modo, a partir dessas formulações, explora-se como a verdade se comporta para e perante os atores processuais, gerando as consequências almejadas por cada um na realidade do jogo processual.

2.3 Do elevado grau de verdade do estado-juiz ao grau de honestidade das partes autointeressadas

Tem-se como pressuposto que o processo civil – independentemente da teoria que se adote⁴²⁵ – deve propor uma solução para a controvérsia existente entre as partes, por meio de uma decisão justa e adequada.⁴²⁶ Essa decisão, contudo,

⁴²³ Michele Taruffo rebate a ideia de “verdade negociada” com o seguinte argumento: “houve um tempo (talvez não totalmente terminado, ou não para todos) em que era verdadeiro que a Terra era plana e que o Sol girava em torno dela.” Esse conhecimento – atualmente negado por inúmeras pesquisas - era formulado a partir de um consenso da comunidade científica de que essa era a verdade. Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 146-150.

⁴²⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 102.

⁴²⁵ De acordo com Taruffo, há diversos conceitos e teorias sobre o processo e seus objetivos. Algumas teorias determinam que “a função fundamental do processo judicial é aplicar a lei aos casos individuais, tendo como base critérios objetivos e buscando o interesse geral da justiça”. Dessa perspectiva, a decisão precisa ser fundada em uma valoração apropriada e exata dos fatos para que possa ser considerada legal e justa. No entanto, outra teoria é aquela que afirma ser o objetivo principal do processo judicial e da administração da justiça resolver o conflito entre as partes no caso concreto. Caso se assuma que é esse o principal propósito do processo, não é necessário estabelecer a verdade dos fatos, porque os conflitos podem ser resolvidos mesmo sem se saber da verdade – ela pode ser útil, mas não é um objetivo do problema. TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 20 *et seq.*

⁴²⁶ Como destaca Taruffo: “Em linhas gerais, pensar que a decisão seja formulada em conformidade ao direito significa introduzir um requisito de qualidade da decisão, que, portanto, passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como êxito de um procedimento potencialmente idôneo a pôr fim à controvérsia. Isso equivale a admitir-se a possibilidade de que se trace uma distinção entre decisões «boas» e decisões «ruins». Todas as decisões podem resolver de facto a controvérsia, mas somente as decisões «boas», corretamente formuladas em conformidade ao direito, serão aceitáveis; as «ruins», por sua vez, por não serem juridicamente fundadas, não são aceitáveis, independentemente do procedimento de que derivam, e mesmo que encerrem o conflito

não pode ser alcançada sem ter como base um juízo verdadeiro acerca dos fatos do caso. Assim, mesmo que se considere que a verdade dos fatos em litígio não seja um objetivo em si mesma nem o propósito final do processo, esta é “condição necessária (ou objetivo instrumental) de toda decisão justa e legítima e, como consequência, de qualquer resolução apropriada e correta da controvérsia entre as partes”.⁴²⁷

A verdade, nesse sentido, é um fator de legitimação do direito processual civil, na medida em que os escopos do processo apenas podem ser adequadamente alcançados por meio de sua descoberta.⁴²⁸ Nada obstante, admitir que a verdade (além de real) é atingível no processo civil, bem como reconhecer o seu papel na adequada e justa prestação jurisdicional, não significa adotar um conceito de verdade que seja absoluto e infalível.⁴²⁹ De fato, embora se adote a concepção de “verdade objetiva” de Michele Taruffo, deve-se desenvolver que essa verdade está condicionada às limitações culturais, técnicas e factuais da realidade processual.⁴³⁰

Por esse motivo, Taruffo entende que a verdade no processo civil é sempre relativa.⁴³¹ Em sua concepção, a lógica binária de valores absolutos (verdadeiro-falso) não pode ser utilizada no direito probatório do processo civil⁴³², porquanto o conhecimento da verdade está relacionado ao contexto em questão, ao método escolhido para sua busca e à quantidade e qualidade de informações disponíveis. A verdade sobre os fatos ser relativa, nesse sentido, significa que o conhecimento dos

entre as partes.” Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 139.

⁴²⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23

⁴²⁸ Ainda assim, Marinoni e Arenhart afirmam: “embora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calcada na ideia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto), não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 38.

⁴²⁹ Em suas investigações, Taruffo deixa claro que não se pode jamais falar em verdades absolutas, porquanto ela corresponde ao pensamento de “poucos metafísicos e religiosos integralistas”. Em: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 59.

⁴³¹ Para Taruffo, a própria distinção entre verdades absolutas e verdades relativas é inútil. A seu ver, a noção da Verdade com letra maiúscula não é possível no mundo humano e, portanto, não faz sentido também no âmbito processual. A ideia de uma verdade absoluta não é cabível e nem atingível. Por outro lado, constatar que o conhecimento humano apenas pode lidar com verdades relativas não é desvalorizar a função da verdade. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 105.

⁴³² PEYRANO, Jorge W. **El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil**. Thomson La Ley, 25/02/2011.

fatos é relativo, porque depende das provas produzidas para convencimento do magistrado. A atividade probatória se torna, então, a base cognoscitiva para que o juiz se convença acerca de um enunciado correspondente à realidade alegada pelas partes.⁴³³

Nessa lógica, a missão do juiz no processo civil acaba não sendo simplesmente “encontrar a verdade do caso”, mas sim procurar se aproximar *limitada e seletivamente* dela. Limitadamente porque a oferta e a produção das provas dependem da atuação das partes e, ainda, encontram limites técnicos, colocados pela legislação. Seletivamente porque – na realidade atual de sobrecarga do Judiciário – é impensável e impossível que um tribunal possa se empenhar a conseguir a versão fática verdadeira de cada caso.⁴³⁴ Pode-se dizer, portanto, que, conforme o contexto e as circunstâncias, é possível um maior ou menor grau de aproximação da verdade.⁴³⁵

Desse modo, nas palavras de Taruffo, “a verdade que se pode conseguir no processo representa em realidade uma *aproximação* àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem”.⁴³⁶ Ademais de indicar que a verdade atingida do processo se aproxima, em algum grau, da realidade, Taruffo também faz a observação importante de que essa aproximação deve *corresponder* aos fatos ocorridos no mundo fático. Com isso, alinha-se à chamada *teoria da correspondência* sobre a verdade no processo, entendendo que ela coincide com uma concepção da decisão judicial baseada na justiça e na verdade.⁴³⁷

De acordo com a concepção dessa corrente teórica, a verdade é a correspondência entre o *enunciado* e o estado empírico do mundo. Assim, o conteúdo das decisões é verdadeiro quando coincide com os fatos. É usual que essa teoria seja assumida como premissa para afirmar que as decisões judiciais devem se adequar à verdade de modo a serem justas e corretas, como faz Taruffo.

⁴³³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.106.

⁴³⁴ PEYRANO, Jorge W. **El juez y la búsqueda de la verdade en el processo civil**. Thomson La Ley, 25/02/2011.

⁴³⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 105.

⁴³⁶ TARUFFO, Michele. **Proceso civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁴³⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 29.

A atividade probatória, nesse ponto, assume papel importante para essa corrente, na medida em que fornece ao julgador os conhecimentos empíricos sobre os fatos da causa.⁴³⁸

Noutro plano, embora privilegie as conclusões da teoria correspondista, Taruffo explora também as contribuições da chamada *teoria da coerência* sobre a verdade no processo civil⁴³⁹, que a seu ver captura alguns aspectos significativos da problemática colocada. Nas elaborações da *teoria da coerência*, “a verdade de um enunciado fático é apenas a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados”.⁴⁴⁰ Ao se utilizar dessa percepção, costuma-se dar ênfase aos relatos, às narrativas das partes, dos advogados, das testemunhas. Dá-se importância a esses discursos e o processo é considerado como um diálogo entre as partes. As provas, nessa lógica, são recursos persuasivos, cujo objetivo é criar a crença sobre a credibilidade dos relatos na mente do juiz.

A principal crítica de Taruffo a respeito da teoria da coerência é que se deve considerar que as narrativas, mesmo coerentes e persuasivas, podem ser falsas. Com a adoção dessa noção, pois, ter-se-ia uma “absoluta irrelevância” na veracidade ou falsidade da apuração dos fatos para fundamentação da decisão. A verdade não importaria.⁴⁴¹ No contexto em que se preza pela pronúncia de uma decisão justa e adequada, todavia, a apuração da verdade é – além de possível –

⁴³⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 28-29.

⁴³⁹ Cabe destacar que há ainda outras teorias sobre a verdade no processo civil, como a teoria pragmatista e o consensualismo. Deltan elabora: “Muitas teorias introduziram, ou reintroduziram com modificações, diferentes definições de verdade. Glanzberg, quem oferece uma visão global das teorias contemporâneas de verdade, afirma que o problema da verdade é determinar “o que são verdades, e o que torna (se é que algo torna) elas verdadeiras”. No campo jurídico, Taruffo e Guzman exploram a aplicação de algumas diferentes teorias da verdade ao processo judicial. Algumas das principais teorias são a *teoria da correspondência*, baseada na ideia de que uma proposição é verdadeira se ela corresponde ao fato ou ao modo como as coisas são realmente no mundo; a *teoria da coerência*, fulcrada na ideia de que uma crença é verdade se ela é “parte de um sistema coerente de crenças”; a *teoria pragmatista*, a qual vincula a verdade à utilidade, isto é, à bondade das consequências da crença na proposição; e o *consensualismo*, o qual conecta verdade com a ‘promessa de alcançar um consenso racional sobre o que é dito’.” DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 34-36.

⁴⁴⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 26-27.

⁴⁴¹ Nesse sentido, Taruffo destaca que essa concepção apenas seria possível caso se adotasse uma “ideologia do processo totalmente indiferente a respeito da verdade”. Ele indica, nesse ponto, a ideologia *adversary*, para a qual a verdade não apenas não importa, mas, em muitos casos, nem ao menos deve ser buscada. Em que pese a consideração dessa concepção seja importante no contexto atual do processo civil, já se destacou que o foco neste trabalho não essas circunstâncias. Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 132-133.

necessária; caso o processo seja estruturado limitando ou obstaculizando essa busca pela verdade, estaria também limitada a justiça da decisão.⁴⁴²

Desse ponto, é preciso desenvolver sobre a concepção de que o magistrado deve-se deixar convencer pelas narrativas propostas pelas partes ou, ainda, pela noção de verdade construída dialeticamente por elas.⁴⁴³ Afinal, os fatos são trazidos ao processo em forma de *enunciados*, que descrevem as circunstâncias ocorridas – em si, os fatos não entram no processo na sua materialidade empírica, uma vez que já ocorreram (fora do contexto processual) e apenas podem ser contados, pronunciados, narrados pelas partes. Nesse sentido, o que se tem, no processo, são os *produtos linguísticos* desses eventos históricos verificados na realidade material.⁴⁴⁴

Por conseguinte, muitas vezes, quando se fala em verdade no processo civil, comenta-se a veracidade ou falsidade dos enunciados proferidos pelas partes. Como esses enunciados, de modo geral, são articulados de forma complexa no tempo e no espaço pelos atores processuais, Taruffo indica que, no contexto processual, se constroem *narrações*. Os sujeitos narram os fatos como se fossem verdades (ou pretensões de verdade). Estabelece-se, portanto, um complexo jogo de narrações entre as partes e atores envolvidos no processo, que termina apenas com a decisão final formulada pelo juiz: nela, o magistrado também narra os fatos, mas sua narrativa distingue-se das outras na medida em que “deve ser verdadeira”.⁴⁴⁵

Essa narrativa construída pelo juiz é composta por um conjunto ordenado de enunciados fáticos. A característica que lhes concebe o valor de “verdadeiros” – considerando, aqui, a importância da pronúncia dessa verdade para a justiça e adequação da decisão – é sua construção com base nas provas disponíveis⁴⁴⁶, racionalmente valoradas e, portanto, dotadas de uma confirmação probatória

⁴⁴² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 143.

⁴⁴³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 226.

⁴⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 38.

⁴⁴⁵ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 40-43.

⁴⁴⁶ O tema da prova está intrinsecamente ligado à investigação da verdade no processo civil, como pontuado e desenvolvido pela maioria dos doutrinados aqui mencionados. Embora se reconheça a importância dessa ligação (e se trabalhe com ela nos momentos necessários), devido à delimitação temática deste trabalho, esse não será um assunto aprofundado.

suficientemente forte.⁴⁴⁷ É preciso notar que não necessariamente a narrativa do magistrado dá prevalência a uma ou outra narração trazida pelas partes. Taruffo pontua que a narrativa do juiz surge de uma relação dialética existente entre as partes e da admissão e valoração rigorosamente analítica das provas – em suas palavras, “se não existirem as peças o mosaico não poderá ser composto”.⁴⁴⁸

No processo civil contencioso, com contraditório e produção de provas, pode até ocorrer de se chegar à verdade (como *correspondência*), mas não há segurança de que isso aconteça. De qualquer forma, o juiz deve proferir decisões que assegurem a produção, conservação e aproveitamento pleno das provas oferecidas pelas partes.⁴⁴⁹ A atividade probatória está condicionada à intervenção ativa⁴⁵⁰ do magistrado, visto que é ele quem vai decidir as perguntas que devem ser feitas às testemunhas, os quesitos elaborados aos peritos, os registros de atas pertinentes e, ainda, valorar as provas produzidas para seu convencimento.⁴⁵¹

Mesmo assim, há obstáculos, no contexto prático, impostos às iniciativas do juiz na instrução probatória. De fato, a sobrecarga de trabalho do Judiciário e as condições desfavoráveis para o desempenho de suas funções são comumente

⁴⁴⁷ Nesse ponto, Taruffo desenvolve sobre os graus de confirmação e *standards* de prova. Segundo ele, a decisão final do juiz sobre os fatos resolve as incertezas sobre a veracidade das hipóteses elaboradas nos enunciados produzidos pelas partes. Essas hipóteses, contudo, são confirmadas pela produção probatória em diferentes graus de certeza. O autor distingue seis possibilidades para cada hipótese que, a título exemplificativo, aqui se mencionam: “a) H não teve qualquer confirmação; b) H teve confirmação fraca; c) H teve confirmação forte; d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e) a falsidade de H teve confirmação fraca; f) a falsidade de H teve confirmação forte. A rigor, as situações a) e f) não deveriam ser levadas em consideração na reconstrução conclusiva dos fatos: se um fato principal não resulta provado, ou resulta provada sua inexistência, não pode ser levado em consideração. Analogamente, não se deveriam levar em conta as situações b), d) e e), visto que a veracidade de H não resulta suficientemente confirmada, mas tampouco sua falsidade resulta adequadamente demonstrada pelas provas.” Em: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 250-252.

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 256-257.

⁴⁴⁹ PEYRANO, Jorge W. **El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil**. Thomson La Ley, 25/02/2011.

⁴⁵⁰ A possibilidade de adoção de uma conduta ativa do magistrado na atividade probatória é duramente criticada por Marinoni e Arenhart, que entendem ser essa postura um resquício da prevalência do mito da *verdade substancial*: “O mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 34.

⁴⁵¹ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008, p. 191.

invocadas para afastar uma postura mais ativa do magistrado na “descoberta” dos fatos. Para além desse fator, pode-se mencionar a mentalidade dominante em certos setores que impõe reservas e até desconfiança na sua atuação espontânea na pesquisa da verdade, por entender ser essa uma posição demasiada “parcial”.⁴⁵²

Nada obstante, esse não é o posicionamento que aqui se preza: entende-se que a produção probatória, com a condução do magistrado, é essencial para solução do litígio. A verdade ser objetiva, afinal, na concepção elaborada por Taruffo, significa que “não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas”.⁴⁵³ Por esse motivo, deve-se ter em consideração a qualidade da instrução probatória para a adequada construção da verdade na perspectiva do estado-juiz. É possível, enfim, que mesmo com a investigação das provas, não se saiba que a verdade foi, de fato, descoberta; o que importa, nesse caso, é que ao menos se aproximou da verdade limitada e seletivamente.⁴⁵⁴

Como se fundamentou até aqui, a busca pela verdade dos fatos, na perspectiva do estado-juiz, é fundamental para que se obtenha uma solução justa e adequada para as controvérsias levadas ao Judiciário. A verdade objetiva – ainda que limitada – é necessária para garantir a prestação da Justiça e, em sentido mais amplo, dos princípios democráticos. Por mais que sofra limitações de ordem teórica e prática, a atividade jurisdicional não pode ser fundada em mentiras, uma vez que “a verdade é uma condição necessária para a confiança que o cidadão deveria ter no Estado”.⁴⁵⁵

Noutra perspectiva, porém, tem-se a situação em que se encontram as partes em litígio. A começar, nota-se que o ambiente processual é permeado pelos conflitos pessoais entre os litigantes e suas próprias vontades subjetivas, que em muitos casos inundam as discussões colocadas no processo. Nessa percepção

⁴⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 3, Out / 2011, p. 1187-1201.

⁴⁵³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 106.

⁴⁵⁴ PEYRANO, Jorge W. **El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil**. Thomson La Ley, 25/02/2011.

⁴⁵⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 118-119.

subjetiva de cada um dos atores envolvidos no debate, assim, tem-se a promoção de seus próprios interesses e o uso dos instrumentos persuasivos disponíveis para que prevaleça sua versão dos fatos discutidos. Nesse passo, a verdade nem sempre é desejável, porque tem prioridade a prevalência de uma narrativa.⁴⁵⁶

O problema-questão que se impõe é como conciliar os objetivos do estado-juiz de promover soluções adequadas e justas para os litígios trazidos perante o Judiciário – com base na busca de uma verdade objetiva – e os interesses conflitantes e individuais das partes que pronunciam seus próprios enunciados para sustentar seus argumentos jurídicos.⁴⁵⁷ Para além dessa problemática, apresenta-se, ainda, a necessidade de se cumprirem os preceitos democráticos e os limites legislativos, sem que os eventuais impasses (e até individualismos excessivos) ofertados pelas partes acarretem a diminuição de seu papel e o incentivo à arbitrariedade dos magistrados.⁴⁵⁸

Um primeiro fator a se considerar, quando se tem a percepção de verdade trazida pelas partes, é que a lógica do processo civil, em muitos momentos, parte de uma perspectiva liberal e individualista, em que cada litigante tem a tarefa de sustentar suas próprias razões.⁴⁵⁹ Na senda do princípio do contraditório, as partes

⁴⁵⁶ Rafael de Abreu comenta: “Na prática, o que há em todo caso é um intento comum (e aí o único interesse comum das partes no que tange ao tema) de que prevaleça a narrativa exposta por cada uma delas como se verdadeira fosse, com o reconhecimento de sua correção pelo juiz em relação à prova produzida. As partes (e seus advogados) não se envolvem necessariamente na chamada “dimensão epistêmica do processo”, na medida em que sua atividade estratégica não tem comprometimento inexorável com a verdade, mas com a confirmação – probatória ou não – das hipóteses (ou narrativas processuais) expostas.” Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 306.

⁴⁵⁷ Destaca-se: “Ocorre que o processo, como ambiente da incerteza, coloca-se como o palco do conflito de versões ou hipóteses sobre os fatos. Cada parte vai ao processo defender uma versão narrativa sobre os acontecimentos da vida.” Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 304.

⁴⁵⁸ Sobre o assunto, Baptista fornece um contraponto interessante, ao desenvolver o que seria a situação extrema de arbitrariedade do magistrado, e consequente diminuição (e até aniquilação) do papel das partes: “O discurso legitimado é o do Juiz que prevalece na construção da verdade jurídica. Ele conduz a audiência; ele produz a ata; ele “produz” as provas; ele interpreta o oral; ele elabora o escrito; ele diz o Direito. As partes só têm lugar quando o Juiz permite que tenham. A sua integração ao cenário processual só ocorre quando e se o Juiz assim permitir. De fato, num processo desenvolvido em prol de uma busca incessante pela verdade, consagrada através da sentença proferida por um Juiz (que a faz eclodir), não há espaço para as partes. A função destas é receber a verdade desvendada e cumpri-la”. Em: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**: construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008, p. 56.

⁴⁵⁹ BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 47, p. 92-99, 1987, p. 95.

alegam os enunciados de fato e os elementos de direito que lhes pareçam idôneos para convencer o magistrado a proferir uma decisão a seu favor. Não visam, portanto, a um julgamento justo, mas sim a um resultado que lhes é vantajoso. Por isso, o ambiente processual é escassamente propício à possibilidade de se exigir que as partes forneçam todos os fatos a sua disposição, sobretudo quando podem favorecer o adversário.⁴⁶⁰

Desse modo, o processo, enquanto instrumento do Estado para cumprir com finalidades públicas, precisa oferecer limites ao uso da mentira como arma processual.⁴⁶¹ Com vistas a cumprir esses objetivos, coloca-se em pauta o chamado *dever de veracidade*, expresso no Código Civil brasileiro⁴⁶², cujo escopo reside em criar óbices à manifestação de mentiras no processo, ao disciplinar a conduta das partes.⁴⁶³ Para isso, impõe a necessidade de se agir sem criar armadilhas ou embustes e sem pretender a fraude ou a obtenção de resultados ilícitos.⁴⁶⁴ O dever de veracidade implica também que as partes devem proceder com honestidade e não podem apresentar apenas os fatos que lhe são favoráveis e se calar em relação àqueles que podem favorecer o adversário.⁴⁶⁵ Justifica-se, sobre o tema, que o dever de veracidade não visa a restringir a liberdade de disposição das partes de seus próprios direitos,⁴⁶⁶ mas tutelar os interesses alheios, protegendo a outra parte de possíveis armadilhas.⁴⁶⁷

⁴⁶⁰ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013, p. 15-16.

⁴⁶¹ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013, p. 16-17.

⁴⁶² O art. 77 do Código de Processo Civil dispõe: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade.”

⁴⁶³ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013, p. 16.

⁴⁶⁴ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 301.

⁴⁶⁵ BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 47, p. 92-99, 1987, p. 96.

⁴⁶⁶ “A função dos deveres de veracidade e completude está na proteção das iguais oportunidades de desempenho do contraditório e, portanto, das estratégias. A salvaguarda do leal e correto exercício dos espaços de liberdade existentes no processo é o modo pelo qual se garante que o debate transcorra mediante iguais condições de exercer a influência e, assim, obter o êxito.” Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 301.

⁴⁶⁷ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013, p. 23-25.

Nada obstante, a positivação desse dever é bastante controversa. Por um lado, argumenta-se que a exigência da lei é razoável para o contexto do processo, já que busca prevenir a alegação de fatos inverídicos que impliquem desperdício da atividade processual. Uma das diretrizes do dever de veracidade é, portanto, a exigência de se alegar apenas fatos verdadeiros. Por outro lado, questiona-se a outra diretriz desse dever: a obrigatoriedade de se alegar *todos os fatos verdadeiros* de que tenha ciência, mesmo se, eventualmente, favoreçam o adversário.⁴⁶⁸

Nesse ponto, resta a crítica com relação à imposição do dever de veracidade: este pode oferecer limites às possibilidades trazidas pelo contraditório. O princípio do contraditório, afinal, é um instrumento por meio do qual as partes podem obter êxito no curso processual, ao empregarem suas estratégias com objetivo de atingir um resultado mais favorável. Esse instrumento, entretanto, não pode ser restringido por uma regra que imponha ao litigante pronunciar fatos favoráveis à parte contrária.⁴⁶⁹

Com efeito, para resolver esse impasse, adota-se a ideia de que as partes estão comprometidas com uma *verdade subjetiva*; isto é, devem narrar os fatos do modo como *acreditam* que ocorreram. Assim, importa que forneçam uma imagem *sincera* – não necessariamente verdadeira – dos fatos em litígio.⁴⁷⁰ Afinal, a veracidade ou não de uma narrativa, como se desenvolveu no tópico anterior, apenas é verificada pela correspondência do enunciado com o mundo empírico, que pode ser constatada através da produção probatória.⁴⁷¹

Ao explorar o valor social da verdade, Taruffo pontua que possui duas principais virtudes, a precisão e a sinceridade. A precisão está relacionada à adesão à realidade das afirmações feitas pelas partes: para se atingir o convencimento verdadeiro do magistrado, deve-se ter a intenção de buscar a verdade por meio de um procedimento idôneo. A sinceridade, por sua vez, identifica-se pelo ato de

⁴⁶⁸ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013, p. 17.

⁴⁶⁹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 303-304.

⁴⁷⁰ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 303-304.

⁴⁷¹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 303.

expressar convicções que se julgam verdadeiras. Taruffo a considera essencial para a vida social, porque “mesmo que na realidade a mentira seja frequente (e por vezes possa parecer inevitável ou justificada), a sinceridade – como aspecto virtuoso da verdade – constitui, de qualquer modo, um valor fundamental”.⁴⁷²

Com base nessa concepção, é possível concordar que o dever de veracidade é, de modo mais exato, um *dever de sinceridade*. Sua intenção não é impedir alegações falsas e induzir alegações verdadeiras, “mas tão somente coibir atitudes *mentirosas*”.⁴⁷³ Por isso, a imposição desse dever procura incentivar que as partes e seus advogados ajam de forma sincera no curso processual. Estabelecido esse pressuposto, “a função do advogado é fazer prevalecer, por meio de narrativas bem construídas e de ativa conduta probatória no sentido dessas afirmações, a versão dos fatos por ele trazida no interesse do seu cliente”.⁴⁷⁴

Michele Taruffo elabora que a “regra máxima” da qualidade que leva à verdade é a seguinte: *quem participa da conversação deve tentar contribuir de algum modo verdadeiro*. Dessa regra, desenvolve outras duas específicas, pontuando que *não é necessário afirmar aquilo que se sabe ser falso e não é necessário fazer afirmações carentes de provas adequadas*.⁴⁷⁵ Ao fazer alegações mentirosas deliberadamente, pois, a parte provavelmente não consegue atingir um grau suficiente de confirmação probatória⁴⁷⁶ para sua hipótese e, por conseguinte,

⁴⁷² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116-117.

⁴⁷³ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 306.

⁴⁷⁴ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 303.

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 177.

⁴⁷⁶ É preciso destacar que, enquanto Taruffo sustenta a investigação da verdade no curso processual através da atividade probatória, esse entendimento não é unânime na doutrina processual. Há inúmeros debates sobre as funções da prova, cuja investigação não é escopo desse trabalho. Mesmo assim, destaca-se aqui o pensamento divergente de Arenhart: “Da pequena incursão feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento, pode-se extrair que a função da prova é prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.” (...) “A argumentação probatória, portanto, deverá tomar em conta, também, as características próprias do Estado-juiz instituído, porque o seu convencimento há, necessariamente, de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais etc. Assim se explica o porquê, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade — caso em que, as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas — mas a apoiar a argumentação retórica das

corre o risco da sucumbência.⁴⁷⁷ A insuficiência de provas que sustentem um enunciado falso, portanto, é uma possível consequência a ser enfrentada pela parte que falta com o seu dever de sinceridade, uma vez que a produção probatória importa para a descoberta da verdade pelo magistrado.

Nesse sentido, com apoio nessas formulações, tem-se uma possível solução para o problema-questão do impasse criado entre o objetivo do estado-juiz de se chegar a uma verdade e as vontades individuais das partes de manterem seus interesses particulares. O dever de sinceridade, pois, oferece um caminho a ser percorrido, na medida em que impõe também um dever de diligência positivo, exigindo-se que a parte – além de não mentir – realize uma adequada e detalhada pesquisa prévia à apresentação de suas narrativas, de modo a evitar falhas de percepção ou reprodução de informações mentirosas.⁴⁷⁸

Para aproximar os interesses divergentes das partes e do estado-juiz, afinal, indica-se que o magistrado adote uma postura mais ativa – mas não arbitrária – ao exigir que as partes comprovem suas hipóteses, demonstrando a razoabilidade das teses jurídicas expostas e a confiabilidade das provas produzidas.⁴⁷⁹ Deve-se buscar uma solução intermediária que respeite as posições de cada ator processual: o caminho indicado, pois, deve ser aquele que promova as *consequências* desejáveis – isto é, justas e adequadas – para os problemas jurídicos enfrentados.

partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta.” Em: ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 07, p. 71-109, 2005, p. 94.

⁴⁷⁷ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 307.

⁴⁷⁸ Sobre o assunto, Abreu comenta a dificuldade de se demonstrar a prova do estado de sinceridade, devido aos variados fatores que podem afetar os fatos narrados pelas partes: “O mentiroso consciente tendencialmente manterá sua mentira ao longo do processo, de modo que a prova de sua insinceridade será sempre bastante difícil. O tão só fato da apuração, ao final do processo, da falsidade da narrativa não conduz a que essa narrativa tenha sido mentirosa. Falhas de percepção, falhas de recepção¹¹⁸⁸ ou mesmo informações mentirosas obtidas de terceiros não fidedignos podem obnubilar a realidade exposta pelo narrador. Daí porque é bastante difícil verificar a afronta ao dever de sinceridade.” ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 311.

⁴⁷⁹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 307.

2.4 O caráter educativo da consequência

Conforme desenvolvido ao longo deste trabalho, identifica-se o problema-questão da verdade no contexto de jogo processual de duas *perspectivas* distintas – mas não necessariamente divergentes – que estão conformadas com *graus* distintos de verdade. Na perspectiva deontológica do estado-juiz, a verdade adquire um grau elevado de relevância, na medida em que se apresenta necessária para que o processo civil – aderido a seu caráter instrumental – resolva os conflitos das partes por meio de uma decisão justa e adequada.⁴⁸⁰ Em outra esfera, na perspectiva ontológica das partes autointeressadas, a verdade pode integrar o polo estratégico do jogo processual, mas precisa estar de acordo com as regras desse jogo – e, por esse motivo, está sujeita ao dever de honestidade.

Portanto, entende-se que as partes autointeressadas – independente da estratégia que adotem – estão submetidas ao caráter institucional do processo. Isso significa, pois, que devem jogar “conforme as regras do jogo”: suas decisões estratégicas estão moldadas ao ordenamento jurídico e aos limites impostos pelo estado-juiz. É nessa medida que se indica aqui o elemento da *consequência*. As consequências do jogo processual para as partes, enfim, resultam da interação entre essas duas perspectivas, dentro do desenho institucional do Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, os diversos fatores em jogo – regras processuais, conduta do magistrado, possibilidades probatórias, comportamento da parte adversária etc. – induzem quais as estratégias a serem adotadas pelas partes, tendo em vista as prováveis consequências de suas ações (ou omissões).

Nesse sentido, o papel do estado-juiz é central para que se utilize da conformação de arranjos institucionais no estímulo de estratégias cooperativas, inclusive em um ambiente de competição. Como já foi comentado, é fato que as

⁴⁸⁰ Sobre o assunto, contudo, destaca-se a observação de Trento: “o objetivo final do processo não é o de declarar por sentença o modo perfeito como os fatos objeto de prova se passaram. Pode haver até mesmo processos em que os fatos não sejam nem mesmo controvertidos e não sejam objeto de prova. O objetivo final do processo (de conhecimento) é decidir a causa de acordo com o direito material.” Em: TRENTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, f. 37-38.

partes – e os seres humanos, de modo geral – respondem a incentivos.⁴⁸¹ O direito (e, sobretudo, o direito processual), então, tende a estabelecer incentivos para que comportamentos positivos sejam cada vez mais exercidos e comportamentos negativos sejam cada vez mais evitados.

Do ponto de vista psicológico⁴⁸², o uso de incentivos e estímulos é estudado como modo de promover a aprendizagem do indivíduo.⁴⁸³ Entende-se, nessa abordagem, que os sujeitos sofrem as consequências de seus comportamentos – essas consequências são, por sua vez, denominadas *reforços*. Assim, por exemplo, quando são consequências desejáveis, a probabilidade de o indivíduo adotar o comportamento aumenta, ao ponto de – caso as consequências positivas persistam – se tornar um hábito. Ou seja, o reforço funciona como um estímulo para aumentar a frequência de ocorrência de um determinado comportamento. Pode, nesse cenário, ser tanto um reforço positivo, um estímulo que incentiva um comportamento, quanto um reforço negativo - o incentivo de um comportamento pela subtração de um estímulo.⁴⁸⁴

A partir de uma percepção econômica da questão, tem-se como definição geral de incentivo “algo que induz a pessoa a agir, como o prospecto de uma punição ou um prêmio”.⁴⁸⁵ Desse modo, como as pessoas racionalmente tomam decisões comparando os custos e benefícios de cada opção, os incentivos servem para atribuir mais peso a um custo ou benefício.⁴⁸⁶ Na medida em que os incentivos

⁴⁸¹ Nas palavras de Abreu: “Em que pese a simplicidade, a noção de que sujeitos respondem a incentivos é a explicação econômica para a função de coordenação de condutas que se acomete ao direito e, no que nos interessa, ao processo civil”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 121.

⁴⁸² LA ROSA, Jorge de. **Psicologia e educação**: o significado de aprender. 7. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

⁴⁸³ Não se ignora que existem outras teorias e métodos de aprendizagem desenvolvidos pelas mais diversas áreas do conhecimento (psicologia, pedagogia etc). A menção do “condicionamento operante” se dá aqui apenas de modo exemplificativo, para abordar o tema dos incentivos a partir de uma perspectiva psicológica. LA ROSA, Jorge de. **Psicologia e educação**: o significado de aprender. 7. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 20.

⁴⁸⁴ LA ROSA, Jorge de. **Psicologia e educação**: o significado de aprender. 7. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 59-60.

⁴⁸⁵ Tradução livre do original: “An incentive is something that induces a person to act, such as the prospect of a punishment or a reward. Because rational people make decisions by comparing costs and benefits, they respond to incentives.” Em: MANKIW, Gregory. **Principles of microeconomics**. 5. ed. South-Western Cengage Learning, 2008, p. 7.

⁴⁸⁶ É possível pensar essa questão a partir do exemplo fornecido por Mankiw: “How does a seat belt law affect auto safety? The direct effect is obvious: When a person wears a seat belt, the probability of surviving an auto accident rises. But that’s not the end of the story because the law also affects

podem funcionar como estímulos negativos (sanções e punições) ou positivos (prêmios), estes estimulam os sujeitos a agirem – ou deixarem de agir – de determinada maneira, previamente estabelecida pelo sistema.⁴⁸⁷ Adotando essa lógica para se pensar o processo civil, é cabível considerar as próprias normas conformadoras do desenho institucional como sistema de incentivos.⁴⁸⁸

Nada obstante, importa pontuar que o sistema de incentivos pode se manifestar a partir de naturezas diversas: na complexidade da realidade cotidiana, os incentivos podem despontar desde sua natureza material (como uma compensação financeira) até sua natureza social e psicológica, ao se tratar de motivações morais, reconhecimento pessoal, pressões sociais etc.⁴⁸⁹ No contexto aqui colocado, em que se aborda especificamente a realidade processual civil, os incentivos são considerados na forma das *sanções* e *consequências* previstas pelo ordenamento.

Destarte, na concepção de Hans Kelsen⁴⁹⁰ – autor clássico para tratar da noção de *sanção* e *consequência* no plano jurídico –, o direito é uma ordem coativa, porquanto tende a reagir contra situações socialmente indesejáveis de modo a lhes aplicar uma sanção – prevista e estabelecida pelo ordenamento jurídico. A sanção, nesse passo, está conectada a um dever jurídico, que prescreve normativamente uma conduta.⁴⁹¹ Em outras palavras, o ordenamento jurídico prevê uma conduta –

behavior by altering incentives. The relevant behavior here is the speed and care with which drivers operate their cars. Driving slowly and carefully is costly because it uses the driver's time and energy. When deciding how safely to drive, rational people compare, perhaps unconsciously, the marginal benefit from safer driving to the marginal cost. As result, they drive more slowly and carefully when the benefit of increased safety is high." Em: MANKIW, Gregory. **Principles of microeconomics**. 5. ed. South-Western Cengage Learning, 2008, p. 7.

⁴⁸⁷ Como reflete Araújo: "É, pois, possível condicionar a conduta do agente econômico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir - interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir. A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo - o tudo ou nada -, mas antes as de fazer mais ou menos de algo". Em: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44.

⁴⁸⁸ Sobre o assunto: BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 6, n. 23, jul. 2008, pp. 141-157.

⁴⁸⁹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 127.

⁴⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁹¹ Para exemplificar o pensamento do autor: "No caso da norma sancionadora, o 'dever ser' é a sanção como consequência da conduta contrária à prescrita ou da conduta proibida que se averigua no campo do 'ser'. Por isso se diz, se A, deve ser B (sanção como consequência da conduta

ou determina a não realização de uma conduta – e relaciona essa conduta a um prêmio ou vantagem – ou, no caso de realização de uma conduta impedida, uma punição.⁴⁹²

Embora tanto a sanção negativa (punitiva) quanto a sanção positiva (premial) possam servir como incentivos para conformação às normas jurídicas, Kelsen entende que impera na ordem jurídica vigente a imposição de punições, relegando-se à “sanção premial” um papel subalterno, secundário.⁴⁹³ Como o direito tem uma *função coativa*, o pensamento do autor é no sentido de que, ao instituir sanções, o direito conforma sua função, motivando os indivíduos a realizarem as condutas prescritas porque desejam evitar a sanção imposta. Atenta, porém, que “esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito”, uma vez que se pode contar com outras motivações para que os sujeitos se conformem às normas instituídas, como a coação de ordem moral ou psíquica.⁴⁹⁴

Noutra senda, enquanto Kelsen relega à sanção premial um espaço secundário na constituição da ordem jurídica, Norberto Bobbio⁴⁹⁵ compreende esse elemento como corolário de sua teoria sobre a *função promocional do direito* – em

proibida) ou, dito de outro modo, se não-A, B deve ser (sanção como consequência da conduta contrária à prescrita).” Em: BRANDÃO, Virginia Junqueira R.; ARAÚJO, Marinella Machado. A sanção premial e a lei de responsabilidade fiscal no âmbito das políticas urbanas municipais. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul-dez/2015, p. 185-213.

⁴⁹² Nas palavras de Kelsen: “Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos – tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.” Em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

⁴⁹³ Kelsen apregoa: “As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação.” Em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁴⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

⁴⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

que pese não descarte o ponto de partida de Kelsen.⁴⁹⁶ Para Bobbio, a ação do direito se desenvolve pelo instrumento das sanções premiais, cujo objetivo é promover a realização dos atos socialmente desejáveis por meio de técnicas de encorajamento. Essas técnicas consistem em aplicar sanções positivas, que se traduzem em recompensas de ordem econômica, social, moral ou jurídica, podendo ser adotadas por medidas preventivas – que facilitam a conduta do indivíduo – ou medidas sucessivas – que reagem de modo favorável ao comportamento desejado/previsto.⁴⁹⁷

Nessa lógica, o próprio termo *sanção* adquire um sentido mais amplo, passando a tratar não apenas das consequências negativas das ações (ou omissões) dos indivíduos, mas, inclusive, das consequências agradáveis. Tem-se uma hipótese de incentivo positivo para que os sujeitos se comportem conforme seja socialmente desejável. No pensamento de Bobbio, isso significa que se tem uma leitura *diretiva* do ordenamento jurídico, uma transformação do direito de instrumento de “controle social” para instrumento também de “direção social”. O pressuposto é que os prêmios e vantagens concedidas aos indivíduos que se conformam ao sistema de incentivos têm como escopo estimulá-los e provocá-los a realizarem ações que manifestem o interesse da coletividade.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ As considerações de Bobbio sobre essa questão são as seguintes: “Como tive a oportunidade de afirmar alhures, Kelsen nunca teve dúvidas de que a técnica de controle social própria do direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, nas sanções que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis. Todas as vezes que repete a sua definição do direito como ordenamento coativo, tem o cuidado de especificar que o direito é tal porque está em condições de provocar o mal, ainda que sob a forma de privação de bens ao violador das normas. Ordenamento coativo e ordenamento baseado em sanções negativas são, na sua linguagem, sinônimos. Hoje, no entanto, a constatação de que a função do direito deixou de ser exclusivamente protetivo-repressiva, desde que o Estado deixou de ser indiferente ao desenvolvimento econômico, impõe-se cada vez mais ao observador sem pré-conceitos.” Em: BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 208.

⁴⁹⁷ BRANDÃO, Virginia Junqueira R.; ARAÚJO, Marinella Machado. A sanção premial e a lei de responsabilidade fiscal no âmbito das políticas urbanas municipais. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul-dez/2015, p. 192.

⁴⁹⁸ Nas palavras do autor: “Daí que a função do direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com frequência cada vez maior, promocional. Nos dias de hoje, uma análise funcional do direito que queira levar em consideração as mudanças ocorridas naquela “específica técnica de organização social” que é o direito não pode deixar de integrar a sua função promocional ao estudo de sua tradicional função protetivo-repressiva. A meu ver, essa integração é necessária se o que se deseja é elaborar um modelo teórico representativo do direito como sistema coativo. Trata-se de passar da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e *direção* social. Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen.” Em: BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 209.

Ainda nesse tema, cabe refletir sobre os incentivos corriqueiramente adotados no contexto jurídico. Comenta-se, assim, que os incentivos de caráter material (ou financeiro) – frequentemente adotados pelo direito – não são considerados como os mais eficazes pelo pensamento econômico para incentivar comportamentos positivos.⁴⁹⁹ Por isso, do mesmo modo, a sistemática processual procura direcionar as partes autointeressadas por meio de um estímulo psicológico, para que sejam convencidas de que adotar uma conduta em acordo com o dever de sinceridade é a melhor opção disponível – implicando, pois, que a falta de honestidade leva a consequências desfavoráveis.⁵⁰⁰ Mais do que isso, essas condutas não são necessariamente impostas, mas, sobretudo, *indicadas* e desejáveis.

Dessa forma, para além das categorias de punições e prêmios, é possível pensar que nas situações jurídicas – em especial, nas circunstâncias do processo civil – aplica-se também a estrutura do *ônus*. A forma do ônus importa como caminho relevante para que o estado-juiz busque incentivar os comportamentos. De modo diverso da imposição de deveres, o ônus garante a liberdade das partes para adotá-los ou não, dispensando a necessidade de coação. Ao mesmo tempo, acarreta em uma *consequência* de vantagem para a parte – portanto, um incentivo positivo ou premial – enquanto sua rejeição (ou não adoção) costuma significar uma desvantagem estratégica.⁵⁰¹

É nesse ponto que se inserem as possibilidades estratégicas das partes no processo civil. Conforme já explorado neste trabalho, as partes podem assumir um

⁴⁹⁹ Abreu explora essas possibilidades: “Incentivos ligados à satisfação de ideais pessoais, ligados ao futuro ou a situações de natureza altruística, que incluem senso de pertencimento e lealdade à organização, recompensas ligadas a relações familiares ou de natureza estética ou religiosa, entre outros, são vistos como poderosíssimos pela sua capacidade de engajamento na conduta esperada. A oportunidade de participar do curso dos eventos também funciona como fator de grande motivação em organizações sociais, criando um senso de legitimidade pela participação, assim como o senso de comunhão, solidariedade, integração social, instintos gregários que, bem organizados, ao criarem sensação de mútuo suporte entre os agentes, induzem a uma maior adequação às normas organizacionais. A reputação também pode funcionar como um espaço bastante frutífero para sanções ou prêmios. Em suma, indivíduos são motivados a se comportar por razões intangíveis, como forças emocionais, necessidade de reconhecimento e pertencimento, comprometimento e sentimento de propósito”. Em: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 129-130

⁵⁰⁰ TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória**: standard e ônus da prova. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, f. 115.

⁵⁰¹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018, f. 128.

comportamento cooperativo de modo estratégico. Parte-se do pressuposto que uma parte possui conhecimento de informações que a outra parte e o juiz não possuem, de forma que sua cooperação é essencial para a descoberta dos fatos processuais.⁵⁰² A revelação ou não desses fatos – bem como a possibilidade de produção probatória consequente em relação a eles – fica ao encargo da parte, como um ônus que, caso assumido, pode levar a uma consequência positiva, derivada da sua disposição em cooperar.

Os comportamentos estratégicos, contudo, como já se viu, estão limitados às *regras do jogo*. No contexto do jogo do processo civil, especificamente no que diz respeito à exposição da verdade dos fatos e à instrução probatória, esses limites são estabelecidos por alguns princípios básicos, como a boa-fé e o dever de sinceridade. Portanto, em que pese a parte autointeressada possua o ônus de colaborar ou não – em conformidade com a estratégia que escolha adotar – com a descoberta da verdade revelando os fatos que conhece, deve se submeter ao dever de sinceridade – ou seja, não pode proferir inverdades ou obstruir a produção de provas.

O dever de sinceridade, assim, na *perspectiva* das partes, impõe-se como *incentivo* para que a parte autointeressada se conforme à narrativa verdadeira dos fatos expostos. Isto é, o dever de sinceridade não se trata de mera opção estratégica da parte que adota uma conduta cooperativa, mas opera também como um sistema de incentivos para que essa estratégia seja, de fato, adotada. Noutro ângulo, ainda, na *perspectiva* institucional do processo civil, o dever de sinceridade decorre do caráter ético do processo e da necessária conformação do comportamento estratégico persuasivo a essa lógica, de modo que se atinja a finalidade de tutela dos direitos.

Nesse ponto, identificam-se no curso processual – conduzido, lembre-se, pelo estado-juiz – *limites* da atuação estratégica das partes⁵⁰³, impostos por esses

⁵⁰² Acerca do tema, comenta Trento: “Observe-se que, enquanto o acesso ao meio de prova (ou seja, a sua disponibilidade material) pode ser suprido por determinação judicial de busca e apreensão, vistoria, perícia etc. (de ofício ou a pedido da parte onerada, estando os meios de prova ao acesso da contraparte), o conhecimento (ou seja, a sua disponibilidade intelectual) acerca das informações capazes de introduzir elementos de juízo no processo (não sendo do conhecimento da parte contrária nem do juiz) não pode ser suprido sem a colaboração da parte que detém o conhecimento.” Em: TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória: standard e ônus da prova**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 115.

⁵⁰³ É importante mencionar que os limites não se estabelecem apenas para as partes, mas inclusive para os juízes, como bem trabalhado por Didier Jr.: “Os princípios do devido processo legal e do

deveres. A conformação a esses limites e regras, em conjunto com a estratégia escolhida por cada parte, tem, por sua vez, as *consequências* correspondentes quanto ao resultado e andamento do processo. O exemplo principal desses limites traduz-se no dever de boa-fé processual.⁵⁰⁴ Em termos gerais, e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, compreende-se a boa-fé – derivada dos princípios constitucionais – como parte do conteúdo do *devido processo legal*, implicando a observância da boa-fé por todos os sujeitos processuais para que seja garantido um processo justo e equânime em relação às partes envolvidas.⁵⁰⁵

Com base nessa perspectiva, é possível se pensar nas consequências negativas ou punitivas para a parte que faltar com a verdade (ou mentir deliberadamente), descumprindo com o dever de boa-fé processual. No Brasil, essas consequências implicam na bastante discutida *litigância de má-fé*.⁵⁰⁶ Com efeito, em seu artigo 378, o Código de Processo Civil estabelece que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Trata-se, pois, de um dever imposto a todos os atores processuais. Além

Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou deveres-poderes, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.” Em: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, 2011, p. 213.

⁵⁰⁴ A boa-fé trata-se de um dever das partes no processo civil, atrelada a seus direitos constitucionais: “As partes podem exercer em juízo todos os poderes inerentes à propositura da ação - vale dizer, podem exercer todas as posições jurídicas que substancializam o direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF). Muito especialmente, as partes têm dentre outros os poderes de delimitação fático-jurídica do mérito da causa, de exercer os poderes ligados ao direito ao contraditório e ao direito à prova. O principal dever que grava as partes é o dever de boa-fé (arts. 5.º e 77). Trata-se de uma das normas fundamentais que estruturam o processo civil brasileiro e de um dever que marca todos os sujeitos que de qualquer modo participam do processo.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 108-109.

⁵⁰⁶ Na definição de Rogéria Dotti Doria: “A litigância de má-fé caracteriza-se pelo agir em desconformidade com o dever jurídico de lealdade processual. Embora aparentemente simples, o conceito abrange todo o universo da litigância de má-fé pois quem protela, gera incidente desnecessário, falta com a verdade ou interpõe recurso manifestamente infundado, está agindo de forma desleal.” Em: DORIA, Rogéria Dotti. A litigância de má-fé e a aplicação de multas. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil, em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 3.

disso, é um dever que, descumprido, gera consequências⁵⁰⁷: a sua violação pode levar à condenação em litigância de má-fé, conforme previsão do artigo 80.⁵⁰⁸

Embora, pela interpretação da legislação, a litigância de má-fé a princípio esteja configurada tão logo a parte tenha cometido alguma das condutas previstas (por exemplo, faltar com a verdade), a jurisprudência costuma reconhecê-la apenas quando se verifica a ocorrência de dano ou prejuízo para a parte contrária. Essa percepção é, todavia, criticada pela doutrina, tendo em vista que a litigância de má-fé não prejudica apenas a parte adversa, mas, sim, todo o sistema processual. Afinal, ademais de causar incidentes desnecessários e eventual atraso na prestação jurisdicional, a litigância de má-fé pode se comportar como um obstáculo para que o estado-juiz obtenha as condições necessárias para proferir uma decisão justa e adequada ao conflito trazido.⁵⁰⁹

A título comparativo (e, portanto, reflexivo), cabe mencionar quais são as consequências infligidas nos casos de *perjury*⁵¹⁰ no direito norte-americano. Nos Estados Unidos, alguém que realiza algum dos atos previstos como *perjury* pode ser condenado a pagar multas com valores de até dez mil dólares ou, ainda, ser condenado à prisão por até cinco anos. Em geral, a sanção estabelecida varia de acordo com o *grau* de inverdades proferidas ou sugeridas pela pessoa que cometeu o *perjury* – por exemplo, leva-se em consideração se a declaração falsa foi dada para conduzir o caso a um sentido diferente do que iria se a verdade fosse contada, ou se outro indivíduo foi prejudicado pela mentira.⁵¹¹ No sistema norte-americano,

⁵⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103-105.

⁵⁰⁸ O art. 80 do Código de Processo Civil dispõe: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

⁵⁰⁹ DORIA, Rogéria Dotti. A litigância de má-fé e a aplicação de multas. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil, em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 7.

⁵¹⁰ Em termos gerais, *perjury* se refere a prestar uma declaração falsa perante o tribunal no contexto processual (sabendo da falsidade dessa declaração). Pode ainda se referir a quem utilizar informações ou documentos – ou materiais de modo geral, como livros, gravações, papéis etc. – que contêm declarações falsas ou a advogados e litigantes que intimidam ou manipulam testemunhas para que prestem declarações falsas perante o Juízo. UNDERWOOD, Richard H. *Perjury! The Charges and the Defenses*. **University of Kentucky, Duquesne Law Review**, v. 36, n. 4, summer 1998, p. 718-719.

⁵¹¹ UNDERWOOD, Richard H. *Perjury! The Charges and the Defenses*. **University of Kentucky, Duquesne Law Review**, v. 36, n. 4, summer 1998, p. 721-722.

além de se aplicarem sanções mais severas às partes que descumprem com seus deveres de lealdade e sinceridade (incluindo possibilidade de punição criminal), a tarefa de evitar que as partes cometam *perjury* é levada mais a sério por magistrados e operadores jurídicos.

Como já visto, a litigância de má-fé é ainda um assunto, tratado como cautela pela própria jurisprudência brasileira. Os caminhos para a investigação da verdade, portanto, são reforçados por outros mecanismos legais. O sistema jurídico brasileiro, pois, é estruturado para que o direito – isto é, as consequências jurídicas previstas (no plano abstrato) – seja aplicado a um conjunto de fatos. Por sua vez, a aplicação correta das normas jurídicas – a consequência jurídica adequada – depende da diligente investigação da verdade dos fatos. Essas condições são necessárias para que se assegure uma eficácia mínima da ordem jurídica, mantendo a sua confiabilidade.⁵¹² Por esse motivo, a conformação das partes ao dever de sinceridade é tão importante para a adequada prestação judicial.

Em razão dos objetivos estabelecidos por este trabalho – de buscar uma concepção mais realista do processo civil, na perspectiva das partes autointeressadas envolvidas – cabe aqui comentar como pode operar, na prática processual, o dever de sinceridade, de modo a limitar a atuação estratégica das partes para que cumpram com a verdade e, conseqüentemente, obter a prestação de uma decisão justa e adequada, na perspectiva do estado-juiz. Para isso, é cabível investigar de forma exemplificativa como o ordenamento jurídico propõe a relação entre as partes e a verdade – bem como as possíveis consequências previstas – em três fases processuais distintas, quais sejam: o momento de propositura da ação e subsequente defesa da parte ré (petição inicial e contestação); a fase de instrução e produção probatória; e o processo de execução.

No primeiro momento processual, de proposição da petição inicial e oferecimento de contestação, tem-se a previsão, pelo sistema processual brasileiro, de inúmeros ônus argumentativos⁵¹³ que, caso não adotados, acarretam a pena de

⁵¹² Com base nesse pensamento, Trento defende que a “busca da verdade” tem uma “preferência estrutural” no ordenamento jurídico. Em: TRENTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, f. 42-44.

⁵¹³ As alegações das partes neste momento processual também são acobertadas pelo dever de honestidade. Destaca-se: “No direito brasileiro, além de o art. 77, I e II, do CPC/2015 afirmar que a

preclusão.⁵¹⁴ De modo geral, a preclusão pode ser definida como um instituto que, prezando pelo bom desenvolvimento do processo, limita o exercício abusivo dos poderes pelas partes e impede que questões já decididas pelo órgão jurisdicional sejam rediscutidas, evitando a insegurança processual.⁵¹⁵ Nesse ponto, impera no direito brasileiro a regra da eventualidade: devem as partes alegar em momento oportuno toda a matéria de fato e direito que pretendem, sob pena de se recair em preclusão.⁵¹⁶

O princípio da eventualidade, contudo, aplica-se apenas aos pedidos formulados⁵¹⁷ pelo autor da ação na petição inicial e pelo réu em sede de contestação. Importa ressaltar que a eventualidade, e consequente preclusão, não dizem respeito aos fatos alegados pelas partes: o que ocorre – infelizmente, com

parte tem o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade e não formular pretensão ou apresentar defesa ciente de que é destituída de fundamento, o art. 341 do CPC/2015 diz que o réu deve impugnar precisamente as alegações de fato deduzidas na petição inicial, sob pena de presunção de veracidade. Portanto, à semelhança do que ocorre no sistema alemão, no nosso ordenamento está presente o dever de o réu colaborar com a verdade e se manifestar sobre os fatos narrados na petição inicial.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁵¹⁴ Nesse ponto, Didier Jr., em sentido contrário à corrente doutrinária majoritária, admite a possibilidade de considerar a preclusão como uma sanção: “A maior parte da doutrina, baseada na lição de Chiovenda, entende (...) relaciona-se a preclusão apenas ao ônus processual, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do próprio direito. A parte detentora de ônus praticará o ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente esse comportamento acarretará consequências danosas para ela. Nada teria a ver, porém, com a sanção. Enquanto a sanção é a consequência jurídica do descumprimento de uma norma jurídica, de um ilícito, a preclusão decorreria do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos lícitos. A sanção decorre da prática de atos ilícitos, já a preclusão decorreria apenas da prática de determinados atos lícitos. Não é esse, como se viu, o pensamento deste Curso. A despeito da classificação chiovendiana só identificar a preclusão decorrente de atos lícitos - que não poderia em razão disso ser confundida com sanção – é possível, sim, conceber a existência de preclusão-sanção, como decorrência de ato ilícito.” Em: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 246-247.

⁵¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 245 *et seq.*

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 180 *et seq.*

⁵¹⁷ Acerca da cumulação de pedidos, observa-se: “É admissível a cumulação simples de pedidos desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, que o juízo seja absolutamente competente para conhecer de todos os pedidos cumulados e seja adequado para todos os pedidos o mesmo procedimento. (...) Há cumulação sucessiva de pedidos quando o autor formula dois pedidos pretendendo o acolhimento de ambos, sendo o acolhimento do primeiro pedido pressuposto lógico e essencial para a análise do pedido sucessivo. Trata-se de figura oposta à cumulação alternativa: enquanto nessa o pedido subsidiário só é analisado na eventualidade de improcedência do pedido principal, na cumulação sucessiva o pedido sucessivo só é analisado na eventualidade de julgar-se procedente o primeiro pedido formulado.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 162-163.

mais frequência do que deveria – é a construção de narrativas fáticas incoerentes e contraditórias pelos representantes das partes, com o intuito de estabelecer mais de uma verdade aos fatos e, assim, aumentar as chances de vitória. As partes utilizam-se do princípio da eventualidade para sustentar mais de uma “possibilidade” de verdade – ou seja, situam que caso A não seja admitido como verdade, deve ser admitido B. Tal lógica, entretanto, é incompatível com as regras e limites estabelecidos pelo processo civil, uma vez que se tem um dispêndio de tempo – sem contar de energia e dinheiro – para investigar as narrativas divergentes oferecidas pela mesma parte.⁵¹⁸

Em seguida, na fase de instrução do processo, quando ocorre a produção probatória de modo mais intenso, estabelecem-se regras que se preocupam com o grau de verdade proferido pelas partes no momento de produzir as provas.⁵¹⁹ A título exemplificativo, cabe mencionar as regras contidas nos artigos 388, inciso II⁵²⁰, e 448, inciso II⁵²¹, do Código de Processo Civil, que dispõem sobre a possibilidade de as partes e suas testemunhas guardarem sigilo sobre determinados fatos. A princípio, essas disposições parecem proteger aqueles beneficiados pelo sigilo (partes e depoentes). Nota-se, todavia, que, caso esses depoimentos fossem

⁵¹⁸ O problema, assim, é quando essa regra permite que a argumentação jurídica seja “diversa, prejudicial e até mesmo incompatível ou contraditória entre si”. Nesse ponto, “a doutrina, em sua maioria, vê as contradições propiciadas pela eventualidade de forma natural, como fenômeno atinente à regra.” No entanto, “a garantia constitucional da ampla defesa não é absoluta, a ponto de suplantarem a própria boa-fé objetiva. A regra da eventualidade, por sua vez, não é salvo-conduto para a mentira, a improbidade ou para a deslealdade. Com efeito, a possibilidade de contradição entre as invocações das partes deve ser vista *cum grano salis*, não podendo a manifestação – mesmo que logicamente possível a incompatibilidade entre si – dar guarida à deslealdade, à astúcia e à ausência de boa-fé objetiva.” Em: BALZANO, Felipe. **O venire contra factum proprium no processo civil brasileiro**: o princípio da irretroatividade. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 116.

⁵¹⁹ Sobre o assunto, comenta-se: “O juízo sobre o mérito, conforme demonstrado, é formado a partir de provas e presunções, ou melhor, sobre elementos que se destinam a demonstrar ao juiz um conhecimento que ele não possui, mas que importa para o julgamento sobre o mérito.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵²⁰ Dispõe artigo 388 do Código de Processo Civil: “A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.”

⁵²¹ Dispõe o artigo 448 do Código de Processo Civil: “A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.”

admitidos como provas, a obrigação de prestar uma determinada informação poderia levar os depoentes a faltarem com a verdade em juízo. Desse modo, diante da possibilidade de serem pouco críveis as declarações dessas pessoas sobre os fatos apurados, possuem o privilégio de manter o sigilo.⁵²²

As próprias regras contidas no ordenamento jurídico estabelecem limites para o depoimento das partes e de alguns outros atores que, devido a sua relação com os litigantes, podem descumprir seu dever de sinceridade. Pode-se dizer, inclusive, que “muitas dessas exclusões têm resultado antiepistêmico”, uma vez que “vedam a entrada no processo de informações que seriam relevantes para a decisão da causa de acordo com a verdade dos fatos”.⁵²³ Nesse ponto, entra na questão a consideração de provas obtidas por meios ilícitos, mas também a produção daquelas provas que levariam ao desrespeito algum direito fundamental essencial – como o direito ao sigilo de correspondência, privacidade, integridade física e psíquica etc.

Da imposição dessas regras⁵²⁴, enfim, é possível abstrair duas consequências importantes. Primeiro, que o ordenamento jurídico abre mão de prestar a melhor tutela jurídica às partes ao sacrificar a busca pela verdade – e, assim, a consequência jurídica material aplicável aos fatos como efetivamente se passaram – em nome de outros direitos fundamentais. Segundo, que o processo é instrumental “não apenas em relação ao direito material objeto de discussão, nos processos em particular, mas em relação ao direito material como um todo”⁵²⁵ – ou seja, mesmo

⁵²² TRENTTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 40.

⁵²³ TRENTTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 40-41.

⁵²⁴ Lembra-se que as regras mencionadas aqui não são as únicas incidentes na realidade processual: “Ademais das regras que estabelecem momentos, prazos e respectivas preclusões, há outras importantes regras jurídicas (não necessariamente exclusivamente processuais) que findam por atingir o resultado probatório e que podem ter finalidade epistêmica (permitir uma tendencialmente melhor apuração do modo como os fatos objeto de prova se passaram) ou não.” Em: TRENTTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 39.

⁵²⁵ TRENTTO, Simone. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo

àquelas questões que não estão em discussão no processo. A verdade sobre os fatos, portanto, não pode ser obtida a qualquer custo, estando igualmente sujeita às regras impostas pelo ordenamento jurídico.

Na mesma lógica, o processo civil impõe limites e consequências à manifestação da verdade em sua fase de execução. Nessa fase, o Código de Processo Civil prevê incentivos – positivos e negativos⁵²⁶, em sua maioria de natureza material⁵²⁷ – para que a parte executada colabore com os fins processuais. Um bom exemplo para explicar essa concepção é em relação à possível penhora do patrimônio disponível para responder pelas dívidas do requerido. Por um lado, o ordenamento prevê a possibilidade de o oficial de justiça localizar o patrimônio do executado que pode dar conta do valor ao qual o exequente tem direito.⁵²⁸

Por outro, tem-se a opção de demandar ao executado que indique o patrimônio passível de penhora, inclusive sua localização, valor e prova de propriedade. Caso o executado não ofereça os bens que podem responder por sua dívida, a consequência pode redundar em multa ou outras medidas determinadas

Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 40-41.

⁵²⁶ O artigo 523 do Código de Processo Civil, por exemplo, elenca alguns desses incentivos para que o pagamento voluntário do débito seja realizado – como o acréscimo de multa para os casos de não pagamento e a possibilidade de penhora e expropriação: “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante. § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.”

⁵²⁷ O artigo 774, parágrafo único, por exemplo, dispõe sobre a multa a ser paga pelo executado que dificultar ou obstar o processo de execução: “Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.”

⁵²⁸ O artigo 829 do Código de Processo Civil dispõe: “O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação. § 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.”

pelo Juízo.⁵²⁹ Caso, contudo, se demonstre prestativo em pagar voluntariamente a dívida ou indicar um bem que possa por ela responder, é retribuído com os incentivos previstos pelo Código de Processo Civil.⁵³⁰

É nesse sentido que o papel do estado-juiz se apresenta como de suma importância para realização dos fins processuais, tendo em consideração, inclusive, os dispositivos legais que lhe conferem essa função.⁵³¹ Cabe ao magistrado, no contexto do jogo do processo civil, contribuir com a realização das finalidades processuais por meio do oferecimento de estímulos e imposição de deveres – desde que, evidentemente, conformados às regras previstas pelo ordenamento jurídico.

Nesse ponto, elabora-se a hipótese de que as consequências infligidas pelo ordenamento – ou pelo magistrado – funcionam para conformar o processo civil à função educativa do jogo. Isto é, na medida em que as partes estão conscientes das consequências de suas escolhas e ações (ou omissões) – sejam elas sanções negativas ou positivas –, podem adequar suas estratégias àquelas atitudes que lhes conferem maior vantagem, sem abandonar seu espírito competitivo ou extrapolar os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.⁵³² Nesse ponto, entra em

⁵²⁹ Conforme artigo 772 do Código de Processo Civil; “O juiz pode, em qualquer momento do processo: (...) III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.”

⁵³⁰ Cita-se como exemplo a cobrança de honorários advocatícios em fase de execução, disposto no artigo 827: “Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado. § 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade. § 2º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.”

⁵³¹ Nesse sentido, comentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Embora a leitura dos artigos que tratam especificamente do “cumprimento de sentença” indique exatamente a opção clara do legislador para a tipicidade das formas executivas da prestação de pagar quantia certa, um dispositivo, inserido inadvertidamente dentre os poderes do juiz, pode autorizar uma releitura completa do sistema. Trata-se do art. 139, IV, que permite ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. (...) O juiz, a partir do art. 139, IV, do CPC/2015, não está mais adstrito apenas à sentença condenatória - que fixa a obrigação de pagar e dá ensejo à abertura da execução por sub-rogação patrimonial - para a tutela de prestações pecuniárias. Pode impor essa prestação por meio de ordem judicial, acoplada ao aceno de emprego de medida de indução (coercitiva ou de pressão positiva) ou de medida de sub-rogação.” Em: MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵³² Lembrando, nesse ponto, que a exigência de um comportamento que se conforme ao princípio da boa-fé processual deriva não apenas da legislação, mas também dos preceitos constitucionais. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 107

questão a possibilidade de o ordenamento jurídico promover os comportamentos éticos e positivos das partes por meio de incentivos.

Tem-se em conta, acerca desse tema, que interessa ao estado-juiz o cumprimento do dever de sinceridade pelas partes, bem como a adoção de práticas cooperativas, uma vez que esses comportamentos se traduzem em uma maior aproximação dos objetivos do processo civil. Já se constatou neste trabalho que - na perspectiva zetética da vida processual, preocupada com as reais condições de jogo estabelecidas entre os litigantes – as partes agem de modo autointeressado e estratégico, nem sempre se mostrando dispostas a colaborar com a descoberta da verdade. Com esses aspectos da realidade em mente, então, sugere-se que a estratégia cooperativa seja incentivada estabelecendo-se consequências ao comportamento dos litigantes durante o curso processual.

Considera-se como exemplo a opção da parte de omitir um fato importante para a adequada solução da lide (portanto, adoção de um comportamento não-cooperativo): caso esse fato seja revelado por outros meios, a parte pode ser prejudicada na apreciação de sua pretensão. Nesse panorama, tem-se a ideia de que o comportamento da parte pode inclusive influenciar o modo como as alegações e as provas são recepcionadas pelo juiz. Afinal, quando a parte adota um comportamento duvidoso (ou não-colaborativo), o magistrado pode deduzir que o litigante violou o dever de sinceridade.⁵³³

Do mesmo modo como o sistema de incentivos se elabora nas perspectivas da Psicologia ou da Economia, pode-se pensar no desenvolvimento de consequências positivas e negativas para as partes, dependendo do comportamento adotado. Como se concebeu no ponto anterior (2.3 – Do elevado grau de verdade do estado-juiz ao grau de honestidade das partes autointeressadas), em muitos momentos essas consequências são previstas pelas próprias partes e possuem relevante função em determinar quais estratégias e comportamentos são adotados. Nada obstante, é relevante reforçar os possíveis mecanismos a serem instituídos

⁵³³ “O réu que assim procede, por alterar a verdade dos fatos, deve ser considerado litigante de má-fé. Nesse caso, o juiz, com base no princípio da lealdade processual, deve determinar que o réu esclareça a sua defesa. Se o réu não se manifestar ou não esclarecer a sua contestação de forma adequada, o juiz pode deduzir, a partir desse comportamento e da incompatibilidade lógica da defesa, que a contestação do fato constitutivo violou o dever de lealdade e, assim, reputar o fato constitutivo como não contestado, deixando de fixá-lo como controvertido na decisão de saneamento.” Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

pelo estado-juiz para incentivar e garantir a adoção de um comportamento cooperativo, com a consequente contribuição das partes para a busca pela verdade e adequada solução da lide.

CONCLUSÃO

Diante das cogitações expostas ao longo deste trabalho, resta desenvolver algumas conclusões acerca do tema-problema investigado. Concluir é, afinal, *chegar ao fim*. Por mais que os processos de pesquisa e discussão não tenham, de fato, um fim, eventualmente a reflexão precisa ser interrompida para que se dê início a novos ciclos de produção de conhecimento. Por esse motivo, não se considera que esta pesquisa está *terminada*, mas sim que foi desenvolvida, dentro das *perspectivas* esperadas e dos *graus* de ponderação disponíveis. Enfim, as conclusões aqui expostas, por mais que tratem de um fim, ensejam fomentar novos percursos de investigação.

Importa retomar, nesse tema, que o presente quadro conclusivo não tem, a princípio, uma intenção propositiva; isto é, não se sugerem caminhos a serem trilhados pelo ramo processual civil, até porque os problemas apontados superam a esfera puramente jurídica. Como já se pontuou anteriormente, objetiva-se tão somente oferecer novas leituras para as questões processuais civis colocadas – a exemplo do caráter institucional e estratégico do processo – e buscar resgatar a importância de alguns fundamentos para a adequada e justa prestação jurisdicional, em especial o tema da verdade.

Foram esses objetivos – reflexivos e argumentativos – que fomentaram a presente investigação a se desenvolver a partir das noções de *perspectiva* e *grau*. A temática da *verdade* como elemento integrante do jogo processual civil se torna relevante no momento em que é considerada para além do pensamento óbvio, e por vezes moralista, do senso comum. Sair do óbvio, porém, tem implicações: ponderar se a verdade importa ou não – e, se sim, em qual grau e a partir de qual perspectiva – torna-se um desafio quando se estuda o processo civil não apenas pelas lentes da dogmática jurídica, mas, sobretudo, pelas lentes da complexa realidade que o cerca.

Tendo em vista esses desafios, em um primeiro eixo de pesquisa (Parte I – Jogo e Processo Civil), a *perspectiva zetética* teve destaque ao fundamentar a leitura do jogo do processo civil. Com escopo de explorar a realidade jurisdicional, para além da dogmática jurídica, buscou-se suporte nas análises econômicas de conflito social e decisão, bem como nas observações possibilitadas pelas teorias

sociológicas sobre jogo e cultura. Dialogou-se, pois, com todas essas perspectivas, extraíndo de suas leituras considerações para investigar o tema-problema proposto.

Na perspectiva econômica⁵³⁴, refletiu-se acerca dos problemas e conflitos que atingem diariamente os seres humanos, apontando que, diante desses impasses, escolhas e decisões devem ser tomadas. Ainda, cogitou-se sobre a finitude de possibilidades disponíveis para que os seres humanos tomem suas decisões, instaurando um ambiente de escassez de recursos. A partir da análise propriamente econômica, foi possível observar o processo decisório com base na escassez, na escolha racional e na incerteza.

Ao se ocupar principalmente da questão de escassez de recursos, a análise econômica permitiu que se pensasse sobre a amplitude de necessidades e sobre o que se tem de “abrir mão” em uma escolha (os *trade-offs*). Na lógica econômica, as pessoas, ao fazerem escolhas, decidem por uma condição em detrimento de outra, com base em um julgamento de custo-benefício. Significa que, considerados os custos e as vantagens da decisão, o agente escolhe visando à otimização de meios e a maximização dos fins. O indivíduo opta pela escolha que lhe pareça mais favorável – é, portanto, *autointeressado*.⁵³⁵

A perspectiva do autointeresse é essencial para a investigação proposta ao longo deste trabalho: a de se pensar o processo civil como jogo – e, além disso, um jogo de verdade e consequência. O sistema de incentivos – cuja base é buscar o maior benefício possível dentro de um ambiente de escassez de recursos – se relaciona com o caráter competitivo do processo civil, no qual o litigante tem em vista a vitória. Mais do que isso, infere nas *estratégias* adotadas para que os interesses sejam resguardados. Destarte, incentivos ofertados pelo sistema jurídico são determinantes nos comportamentos das partes e nas possíveis verdades e consequências obtidas no curso processual, como se desenvolveu mais adiante.

Para melhor compreender essa lógica, recorreu-se à perspectiva sociológica de jogo, de modo a relacioná-la com a realidade do processo civil. Conforme se considerou, o tema do jogo ocupa significativo espaço na sociedade contemporânea,

⁵³⁴ Neste ponto, adquiriu importância teórica para as questões desenvolvidas a obra: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

⁵³⁵ Sobre o assunto, destacou-se ao longo do trabalho a tese: ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018.

devido a seu caráter cultural e presença no cotidiano dos indivíduos e ao processo de “gamificação” da vida social. A partir de autores relevantes da análise sociológica de jogo⁵³⁶, procurou-se ressaltar como seus elementos se relacionam com o processo.

Na perspectiva sociológica de jogo, alguns fatores lhe parecem inerentes: o jogo pretende ser um escape da vida real, configurando-se como atividade delimitada no tempo e no espaço, por regras. Nesse ponto, é possível enxergar uma aproximação com o processo civil: o processo é igualmente um ambiente à parte, dotado de regras próprias (impostas pelo ordenamento), que permitem às partes resolverem as crises que não foram resolvidas na “vida real”. Além disso, tanto no jogo como no processo, destaca-se a característica da competição, permitindo a utilização da metáfora – que dá título a este trabalho – do processo civil como jogo.

Logo, tendo-se estabelecido a premissa de que o processo civil pode, enfim, ser encarado como um jogo – no qual as partes, autointeressadas, procuram a vitória –, a chave interpretativa escolhida para sedimentar a perspectiva proposta foi a teoria dos jogos⁵³⁷, que empresta elementos econômicos, sociológicos e jurídicos. Essa teoria, cujo objetivo é lidar com as escolhas feitas pelos indivíduos, tem como pressuposto o estudo de dois principais fatores: as interações entre os jogadores e seu comportamento estratégico. Apesar das duas questões estarem relacionadas, neste trabalho se deu enfoque maior às possibilidades estratégicas imaginadas pela teoria dos jogos, por serem mais relevantes para o tema-problema explorado.

De modo geral, estabeleceu-se o jogo (e, conseqüentemente, o processo civil) como uma esfera de interações e relações de causa e consequência das ações de seus jogadores. Nessa realidade, a conclusão a que se chegou é que as partes autointeressadas precisam realizar decisões estratégicas no contexto processual; essas decisões, porém, devem contemplar não apenas seus objetivos e possibilidades de escolha, mas, igualmente, os objetivos e as possibilidades de escolha da parte adversária. Devem, ademais, estar conformadas ao desenho institucional do processo civil e às regras do Estado Democrático de Direito.

⁵³⁶ Em especial: HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4 ed. Reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000; e CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958.

⁵³⁷ Neste tema, foi essencial a leitura de FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 3 ed. Editora Campus, 2009.

Com isso, considerou-se a situação em que o processo civil, embora tenha em seu cerne o elemento da competição, não precisa ser considerado um jogo de caráter destrutivo, podendo ser pensado pela lógica colaborativa⁵³⁸ – o que, afinal, é preferível pelas regras instituídas pelo ordenamento jurídico. Consagrado no regramento processual civil, o princípio da colaboração não apenas procura evitar as condutas de má-fé das partes, mas também incentivar o comportamento colaborativo. Pensando esse fator na lógica do jogo, isso significa que, estrategicamente, as partes devem procurar colaborar, porque almejar apenas o autointeresse e a maximização de seus próprios ganhos, devido ao caráter institucional do processo, pode levar a resultados piores.

Na perspectiva jurídica, portanto, o processo civil existe dentro de um desenho institucional e é moldado por regras que intentam conformar os seus escopos (jurídicos, sociais e políticos), buscando impedir o comportamento destrutivo das partes. Pela própria fundamentação do processo, sua origem e objetivos, o comportamento não-cooperativo não é incentivado, de modo que a cooperação é sedimentada como princípio e alternativa estratégica para a concretização do autointeresse. Nada obstante, do ponto de vista institucional, o estado-juiz deve garantir os interesses da ordem democrática, almejando a concretização dos escopos processuais. O processo, assim, se concretiza como instrumento para resolver o conflito social das partes, por meio uma decisão justa e adequada.

A partir dessas considerações, foi possível sintetizar as noções trazidas pelas diferentes áreas de estudo em duas grandes perspectivas que são a chave para compreensão do tema-problema desenvolvido neste trabalho. Do ponto de vista processual, apoiando-se na dogmática jurídica, instituiu-se a *perspectiva deontológica do estado-juiz*, conformada ao caráter institucional do processo e às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico – a perspectiva do dever-ser. Noutro parâmetro, adotou-se a *perspectiva ontológica das partes autointeressadas*, com base em uma interpretação zetética da realidade jurídica – isto é, mais aproximada das práticas processuais cotidianas e das intenções e interações dos litigantes.

⁵³⁸Aqui se recorrendo às expressões cunhadas por DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

Essas duas perspectivas, pois, orientaram o segundo eixo desta pesquisa, no qual se considerou o processo civil como jogo de *verdade ou consequência*.

A verdade, tema central dessa investigação, está – como se concluiu –, por um lado, relacionada a questões institucionais do processo civil, uma vez que os escopos processuais apenas podem ser adequadamente alcançados por meio de sua descoberta. Por outro lado, admitir que a verdade é atingível na realidade processual e reconhecer o seu papel na prestação jurisdicional não indica que a noção de verdade seja absoluta e infalível. Nesse passo, a concepção aqui desenvolvida teve como pressuposto que a verdade está condicionada às limitações culturais, técnicas e factuais da realidade processual.⁵³⁹

Assim, foi fundamental aproximar-se do tema tendo em consideração que há graus possíveis de aproximação da verdade. Com base nas perspectivas inicialmente fundamentadas, no segundo eixo de pesquisa (Parte II – Verdade ou consequência), a noção de *grau* foi, então, colocada em primeiro plano. Entendeu-se que, enquanto a verdade não pode ser tida como absoluta, também não pode ser completamente descartada como conceito impossível. Rejeitada, portanto, a tese cética⁵⁴⁰ e aproximando-se do pensamento mais pragmático do direito processual civil⁵⁴¹, a ideia de verdade desenvolvida nesta pesquisa foi pensada a partir das duas perspectivas anteriormente sedimentadas.

Destarte, na perspectiva deontológica do estado-juiz, assevera-se que a verdade adquire um grau elevado de relevância, na medida em que se apresenta necessária para que o processo civil – aderido a seu caráter instrumental – resolva os conflitos das partes por meio de uma decisão justa e adequada. Nessa lógica, atribui-se ao estado-juiz a função de conduzir o processo para que seja possível uma aproximação (mesmo limitada e seletiva) da verdade. Nessas circunstâncias, entende-se que essa aproximação é limitada porquanto questões processuais – a

⁵³⁹ Nesse sentido, teve-se como premissa o pensamento de Taruffo, especialmente em suas obras: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013; TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁵⁴⁰ Aqui com apoio da teorização de Dworkin: DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013

⁵⁴¹ A exemplo de: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 7, 2005.

exemplo da produção probatória – dependem da atuação das partes, ou encontram limites técnicos, ou, ainda, limites constitucionais. Na mesma senda, é uma aproximação seletiva, porque é impensável que o Judiciário tenha acesso a versões fáticas que correspondam à verdade em cada caso. É nesse sentido que se defende que pode ocorrer um maior ou menor grau de aproximação da verdade, dependendo do contexto de cada caso.

Em outra esfera, na perspectiva ontológica das partes autointeressadas, a verdade pode integrar o polo estratégico do jogo processual, mas precisa estar sujeita às regras desse jogo. Deve-se lembrar, conforme colocado no primeiro eixo de pesquisa, que o ambiente processual é permeado pelos conflitos. Na percepção dos litigantes, tem-se a promoção de seus próprios interesses e o uso de estratégias para que prevaleça sua versão dos fatos discutidos, aumentando suas chances de vitória. Nessa perspectiva, a busca pela verdade nem sempre é desejável.

Diante dessas reflexões, o problema-questão que se encontrou nesta pesquisa foi a aparente incompatibilidade entre os objetivos do estado-juiz – de promover soluções adequadas e justas para os litígios trazidos perante o Judiciário – e os interesses conflitantes das partes, que sustentam seus argumentos jurídicos com base na versão dos fatos que lhes for mais favorável – muitas vezes apelando para enunciados tendenciosos ou até falaciosos. Para desenvolver esse impasse, retomou-se o cenário previamente organizado: encarar o processo civil como um jogo – um jogo dotado de *regras* institucionais já estabelecidas.

Dentro do quadro institucional, as regras permitem que se lide com o problema-questão da verdade (e suas implicações) recorrendo a mecanismos jurídicos que balizam a atitude das partes e guiam a atuação do estado-juiz. Nesse tema específico, deu-se destaque ao dever de sinceridade, decorrente do princípio da boa-fé processual. Exige-se, nesse panorama, que a parte não reproduza enunciados falsos, e também – encarando os aspectos subjetivos da verdade – impõe que pesquise cuidadosamente os fatos e meios de prova antes de realizar sua narrativa. Dessa forma, procura-se evitar que sejam reproduzidas informações mentirosas, ou que os fatos sejam narrados de modo falho.

Destarte, pensar esses impasses dentro do desenho institucional do processo civil tornou possível a consideração do último elemento trazido neste trabalho – as *consequências*. Como se mencionou, as consequências são geradas pelo conjunto

das estratégias e interações entre as partes autointeressadas e pelas possibilidades apontadas pelas regras do jogo processual. As consequências resultam, em suma, da interação entre as duas grandes perspectivas anteriormente mencionadas e fundamentadas – a deontológica do estado-juiz e a ontológica das partes. Afinal, os diversos fatores em jogo apontam para as melhores estratégias a serem adotadas pelas partes e as prováveis consequências de suas ações.

Dentre as consequências possíveis, mencionou-se não apenas as de cunho jurídico – como a possível condenação por litigância de má-fé – mas também as consequências sociais e políticas relacionadas à satisfação dos fins processuais. Aqui se fundamentou, de uma perspectiva dogmática, que o processo civil – ao contrário dos meios autocompositivos de solução dos conflitos – deve fornecer uma solução justa e adequada para os litigantes, que tutele os direitos em conformidade com o ordenamento jurídico. Nesse passo, as consequências do jogo processual, geradas pelo inadequado uso estratégico das narrativas de verdade pelas partes, podem constituir na própria fragilidade do sistema judicial de resolução das crises sociais. Não se pode esquecer, porém, nesse mesmo panorama, que as estratégias processuais das partes não são unicamente responsáveis pelas consequências: o próprio desenho processual opera suas regras para garantir seus objetivos.

Em síntese, tem-se o seguinte quadro: o processo, conduzido pelo estado-juiz, tem como um de seus principais escopos proferir uma decisão, que seja justa e adequada, para resolver um conflito. Não há, porém, justiça e adequação sem um conhecimento substancial dos fatos processuais, que se aproxime – em algum grau – da verdade. O estado-juiz, portanto, almeja se aproximar dessa verdade, mas seu interesse constantemente se choca com os autointeresses dos litigantes. Na perspectiva das partes, a verdade ocupa espaço no jogo estratégico, sendo a colaboração uma possibilidade de escolha para se obter maior vantagem. Nada obstante, não se pode esquecer de que essa escolha está condicionada às regras impostas pelo ordenamento jurídico – o que significa que, de fato, ela tem *consequências*. É assim – diante de todos os recursos teóricos e argumentativos explorados nesta pesquisa – que o processo civil se desenha como jogo de *verdade e consequência*.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. A incompatibilidade do ceticismo, pragmatismo e positivismo jurídico com o paradigma do estado democrático de direito à luz de Perelman, Dworkin e da hermenêutica jurídica. **Revista Direito e Humanidades**, Universidade Municipal de São Caetano do Sul, ano XI, n. 19, julho/dezembro de 2010, p. 182-183. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/issue/>. Acesso em: 6 fev. 2019.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico**: o caráter instrumental e estratégico do fenômeno processual. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2018.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, v. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ARENHART, Fernando Santos. **A análise econômica da litigância**: teorias e evidências. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Economia, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005.

ARIELY, Dan. **Predictably irrational**: the hidden forces that shape our decisions. New York: Harper Collins, 2008.

ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, n. 1.076, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, p. 122-134, 1999.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BALZANO, Felipe. **O venire contra factum proprium no processo civil brasileiro**: o princípio da irretroatividade. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**: construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 3, Out / 2011, p. 1187-1201.

BARRET, Richard. **A organização dirigida por valores**: liberando o potencial humano para a performance e a lucratividade. Trad.: Caio Brisolla e Roberto Ziemer. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

BECKER, Gary S. **The economics of discrimination**. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

BECKER, Laércio Alexandre. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., p. 125-284, 2012.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-125, 2016.

BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 6, n. 23, jul. 2008, pp. 141-157.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 27-36, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRANDÃO, Virginia Junqueira R.; ARAÚJO, Marinella Machado. A sanção premial e a lei de responsabilidade fiscal no âmbito das políticas urbanas municipais. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul-dez/2015, p. 185-213.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 47, p. 92-99, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, 9. 59-81, 1999.

CAILLOIS, Roger. **Les jeux et les hommes**: le masque et le vertige. Paris: Librairie Gallimard, 1958.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. In: **The Yale Law Journal**. New Haven: Yale University Press, v. 70, p. 499-553, 1961.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad.: Roberto Del Claro. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 7, p. 191-209, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, v. 10, n. 1, p. 164-192, genn./dic., 1955.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 425-444, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. **Buffalo Law Review**, v. 27, p. 181-292, New York, 1978. No Brasil: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil** (2). São Paulo: Classic, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Volume XX (II Serie), anno 1965.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: **Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago Press, v. 3, p. 1-44, 1960.

CONSTANTINO, Rodrigo. Vitória de Pirro: a luta apenas começou e a vitória foi com gosto de derrota. In: **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaovitoria-de-pirro-14379347>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

COOTER, Robert; RUBINFELD, Daniel. Economic analysis of legal disputes and their resolution. In: **Journal of Economic Literature**. Nashville: American Economic Association, v. 27, p. 1067-1097, 1989.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2010.

CRUZ JUNIOR, Gilson. Vivendo o jogo ou jogando a vida? Notas sobre jogos (digitais) e educação em meio à cultura ludificada. **Revista Brasileira Ciência do Esporte**. 2017, v. 39

D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 274f. Tese

(Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

DI FILIPPO, Laurent. **Contextualiser les théories du jeu de Johan Huizinga et Roger Caillois**. Questions de communication, v. 25, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/9044>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: (uma análise filosófico-processual da verdade voltada a Teoria Geral da Prova). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Direito ao silêncio no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil (1)**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Ana Paula Savoia Bergamasco. **Contrato de aliança**: inadimplemento. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DORIA, Rogéria Dotti. A litigância de má-fé e a aplicação de multas. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil, em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DURÃO, António. Filosofia e verdade moral: conceito filosófico da mentira. **Revista Portuguesa de Filosofia**. Lisboa, v. 11, p. 193-202, 1995.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Trad.: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. **Revista Universitas Jus**, Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, v. 24, n. 3, 2013.

FALCÃO, Clóveis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FISS, Owen. Against settlement. In: RISKIN, Leonardo L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. 2 ed. Saint Paul: West Group, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. In: **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 123, p. 11-18, 2014.

GADAMER, Georg-Hans. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASP, Jaime. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade (1). Trad.: Flávio Beno Siebeneicher. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2003.

HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica**: estudos produtivos sobre palavra e significação. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4. ed. reimpr. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LA ROSA, Jorge de. **Psicologia e educação**: o significado de aprender. 7. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LARA, Larissa Michelle; PIMENTEL, Giuliano Gomes A. Resenha do livro *Os jogos e os homens: a máscara e a vertigem*, de Roger Caillois. **Rev. Bras. Cienc. Esporte, Campinas**, v. 27, n. 2, p. 179-185, jan. 2006.

LE MASSON, Jean-Marc. La recherche de la vérité dans le procès civil. **Droit et société**, n. 38 (Vérité historique, vérité judiciaire), 1998.

LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro/abril de 2016.

LEITÃO, Sérgio Proença. Repensando a questão da decisão organizacional e seu paradigma. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 29, p. 110-125, 1995.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: a rogue economist explores the hidden side of everything. New York: Harper Collins, 2005.

LLOYD, Dennis. **A ideia da lei**. 2. ed. Trad.: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Péricles da Cunha. O jogo do direito. In: **Percursos Acadêmicos**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, v. 7, p. 154-178, 2017.

LUDWIG, Celso Luiz. **Gadamer**: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 391-403, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. Trad.: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. **Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 272, out/2017, p. 85-125.

MANKIWI, Gregory. **Principles of microeconomics**. 5. ed. South-Western Cengage Learning, 2008.

MANSUR, João Paulo. Dworkin além da metafísica e do ceticismo. **Revista Direito e Liberdade**, v. 17, n. 2, p. 47-85, maio/agosto de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MCGONIGAL, J. **Realidade em jogo**: por que os games nos tornam melhores e como eles podem mudar o mundo. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista TST, Brasília, vol. 78, nº 1, janeiro-março/2012.

MOISÉS, Massaud. **Fernando Pessoa**: o espelho e a esfinge. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Cultrix, 2008.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus: CONPEDI, p. 6104-6125, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, p. 115-125, 2003.

MORITZ, Gilberto de Oliveira; PEREIRA, Maurício Fernandes. **Processo decisório**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012.

NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). **Theory of games and economic behavior** (1944). 3. ed. (1953) reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990.

PEREIRA, Maria José Lara de Bretas; FONSECA, João Gabriel Marques. **Faces da decisão**: as mudanças de paradigmas e o poder da decisão. São Paulo: Makron Books, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEYRANO, Jorge W. **El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil**. Thomson La Ley, 25/02/2011.

PIAGET, Jean. **Estudos sociológicos**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1973.

PIAGET, Jean. **Sobre a pedagogia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little-Brown, 1973.

POSNER, Richard A. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POZZOBON, Amanda Gonçalves Benvenutti Pozzobon. **A venda responsável do crédito**: prevenção e tratamento do superendividamento. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2014.

RAIFFA, Howard; LUCE, Duncan. **Games and decisions**: introduction and critical survey. New York: John Wiley and Sons, 1957.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 127-134, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-26, 2016.

ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad.: Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

ROBLES, Gregorio. **La justicia en los juegos**. Madrid: Trotta, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Trad.: Dom Marcos Barbosa. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARTINI, Brigida Alexandre *et al.* **Uma introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/rvicente/IntroTeoriaDosJogos>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

SCHELLING, Thomas Combie. **The strategy of conflict**. Cambridge: HUP, 1980.

SCRIBONI, Marília. Direito e críquete: “a estrutura dos jogos e a do Direito são as mesmas”. In: **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-13/>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Trad.: Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. In: **The Quarterly Journal of Economics**. Oxford University Press, v. 69, 1955.

SIMON, Herbert A. **Administrative behavior**: a study of decision-making processes in administrative organization. New York: Macmillan, 1947.

SOUZA NETO, João Batista e Mello e. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Tese (doutorado) - Universidade Do Vale Do Rio Dos Sinos, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado, ensaios**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

THALER, Richard. **Quasi rational economics**. New York: Russel Sage Foundation, 1991.

TRENTO, Simone. **A medida da congoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória**: standard e ônus da prova. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. In: **Science**, v. 185, 1974.

UNDERWOOD, Richard H. Perjury! The Charges and the Defenses. **University of Kentucky, Duquesne Law Review**, v. 36, n. 4, summer 1998.

VAN DE KERCHOVE, Michel. **La vérité judiciaire**: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité? *Déviance et Société*, 2000, v. 24, n. 1.

VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. **Revista de Processo**, v. 255, p. 277-290, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-428.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Trad.: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.